



٥٥٩ ورقه



أبي يوسف وهو قول الشافعي يلزمهم حد القطاع لوجود حقيقة المحاربة اذا اخذ المال والقتل
على وجه المحاربة اغلظ في الحرمة من المفازة وما فضل في النص بين المصر وغيره وعن مالك في رواية
كل من اخذ مال الغير على وجه لا يمكن لصاحب المال الاستغاثة فهو محارب وعنه لا تثبت المحاربة
حتى يكون على ثلثة اميال من العمران • وعن احمد انه توقف فيه وقال اصحابه تثبت المحاربة في اي موضع
لا تلحقه الغوث كما قال الشافعي وابو يوسف وفي الحلية ذكر الحاوي ان القرى التي نقل اهلها حكمها
حكم الصحراء فتتحقق المحاربة • واما الامصار الكبار فمن قصد نواحيها جهارا فكذلك واما وسط
المصر في المواضع التي يتكاثر فيها الناس في اسواقهم ودورهم اذا كبسوا منها سوقا ونهبوها او دورا
فنهبوها ففيه وجهان اصحهما ان حكمهم حكم المحاربين • **قوله** لان الظاهر لحوق الغوث من السلطان •
او الناس عادة وصاحب المال تعتمد عليهما فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربته
يعني السبب محاربة الله تعالى • وذا انما يتحقق في المفازة لانه لا تلحقه الغوث عادة والمسافر يستبد
في حفظه معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله فاما المصر وفيما بين القرى تلحقه الغوث من •
السلطان والناس عادة وهو ايضا يعتمد على ذلك فلا يتحقق محاربة الله كذا في المبسوط وفي المحيط
قال بعض المتأخرين اجاب ابو حنيفة بذلك على عرف زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا
يحملون السلاح مع انفسهم فيتحقق بذلك دفعهم ولو تحقق يكون نادرا فلا ينبني الحكم عليه ولذا اشار بذلك
بين الحيرة والكوفة لاتصال عمران احد الموضعين بالاخر فاما الان صار لبرية وتركوا عادة حمل السلاح
في الامصار فتتحقق المحاربة وعليه الفتوى لمصلحة الناس • وعنه اي عن ابي يوسف ان قاتلوا في المصر وبين
القرى بالسلاح نهارا حدوا وان قطعوا بالحجر والخشب لا يحدوا وان كان ليلا حدوا سواء قصدوا
بالسلاح وغيره لقلة الغوث في الليالي وفي النهار يلحقه الغوث والسلاح لا يلبث وعليه الفتوى لمصلحة الناس
واختاره القفال من اصحاب الشافعي والغوث اسم للاغاثة التي هي النصرة • **قوله** ومن خنق بالتخفيف
من خنقه اذا عصر حلقه خنقا بكسر النون من حد دخل والخناق فاعله • قوله غير مرة لما انه اذا خنق رجلا
حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل وموضعه كتاب الديات • اما
لو خنق في المصر غير مرة يقتل سياسة لانه غير صالح ذو فتنة ساع في الارض بالفساد فيقتله الامام دفعا
لشره عن العباد • وفي المحيط عشرة نسوة قطعن الطريق واخذن المال قتلن وضمن المال وبه قالت الائمة
الثلاثة ولو كانت فيهم امراة فقتلت واخذت المال ولم يفعل الرجال يقتل الرجال دون المراة عند ابي •
يوسف وعند الثلاثة يقتل المراة ايضا • وعند ابي حنيفة ومحمد سقط الحد عن الرجال ايضا • خرج
رجل قاطعا للطريق على ان يسلب اموال الناس فاستقبله الناس فقتلوه لا شيء عليهم • ولو فر محاربا من •
القطاع الى موضع لا يقدر على قطع الطريق ثم قتلوه كان عليهم الدية والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب السير

• ولما كان القصد من الحدود اخلاء العالم عن المعاصي
اورد السير عقيب الحدود لان في الجهاد اخلاء العالم عن راس المعاصي وقدم الحدود لانه ادنى والترقي
يكون من الادنى الى الاعلى ولان كل واحد من الحدود حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتادى بفعل المأمور
كما ذكر في الاصول ناسب السير الحدود لانها معاملة مع المسلمين في الاغلب والجهاد مع المشركين •
تقدم ما يختص بالمسلمين • السير جمع سيرة وهي الطريقة سمي بها هذا الكتاب لما فيه من بيان سيرة النبي صلى
الله عليه وسلم والصحابة والمسلمين فيه • وفي المنشور السيرة فعلة من السير وقد يراد به السير الذي
هو قطع المسافة وقد يراد به السنة في المعاملات وسميت المغازي سيرا بان اول امورها السير الى العدو
والمراد بها سير الامام الى العدو ومعاملاته مع الغزاة والعداة والكفار • وفي المغرب اصل السيرة

حالة السير الا انها غلبت شرعا على امور المغازي كالمناسك على امور الحج وقالوا السير الكبير وسير الكبير
خطا كالجامع الكبير والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال غزوا وسمي الغزوة والغزو
والغزاة والمغزاه وسمي كتاب الجهاد لما فيه من بيان المجاهدة مع الاعداء لاعزاز الدين وهدم قواعد
المشركين ● والجهاد شرعا هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من لا يقبله ذكره في التحفة
قوله الجهاد ماض من مضى الامر نفذ قال عليه السلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل
آخر عصابة من امتي الدجال ● وقال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس الحديث ● واجمعت الامة
على فرضيته ● وفي الايضاح خبر الواحد اذا تايد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك ●
قوله وهو اي الجهاد فرض على الكفاية وبه قال اكثر اهل العلم الا ابن المسيب فانه قال فرض
عين للعمومات في النصوص ● وحكي عن ابن شبرمة والثوري انه غير واجب وهكذا روي عن ابن عمر ●
ونبل ابن عطا وعمرو بن دينار ان الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا ● وقالوا قوله تعالى كتب عليكم
القتال للندب كما في قوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ● ولنا قوله تعالى
اقتلوا المشركين وقاتلوهم وقاتلوا الذين لا يؤمنون الايات كثيرة ظاهرة في وجوب الجهاد ● وقوله
كتب عليكم القتال يدل على الوجوب الا اذا دل الدليل على الندب وههنا
لم يوجد الدليل وقد روي عن ابي بكر الصديق انه قال فرض الجهاد على المسلمين بهذه الاية والاحاديث
فيه كثيرة ● وروي عن ابن عمر ما يدل على الوجوب وما روي عنه انه قال ليس بفرض اي عين في كل زمان
وكذا يحمل على هذا قول عطا وعمرو بن دينار انهما قالا ما علمناه اي من الفروض الاعيان ● قلنا
فرض كفاية لقوله تعالى فلولا نفر من كل فرقة الاية فانها تدل على الكفاية ● ولقوله تعالى لا يستوي
القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله الى قوله وكلا وعد الله الحسنى ● ولو
كان فرضا على الجميع لما وعد الحسنى لتاركه ولانه لو فرض على الاعيان لاشتغل الناس عن العمارة وطلب
المعاش والعلم فيؤدي الى خراب الارض ● قوله واعزاز الدين ودفع الشر عن العباد واليه وقعت
الاشارة في قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ● قوله الا ان يكون النفير
عاما ● وفي الايضاح انما يسقط عن البعض اذا حصل به الكفاية واذا لم يحصل تعين الفرض على
الكل وشرط ذلك من كان فيه غناء ودفاع لان من لا ينتفع به فهو عاجز عن اقامة الفرض والتكليف
لا يتاتى مع العجز كما في سائر العبادات ● وفي الذخيرة عند النفير يصير فرض عين على من يقرب من العدو
وهم يقدرون على الجهاد ● فاما من وراءهم من البعد ففي حقهم فرض كفاية اذا لم يحتج فاذا احتيج
اليهم بان عجز القريب او تكاسل ولم يجاهد يصير فرضا على من يليهم فرض عين ثم وثم الى ان يفترض على
جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج كالصلوة على الميت يجب على اهل محلته ولا يجب على من بعد
عن الميت الا اذا علم اهل المحلة يضيعونه او عاجزون عن اقامة اسبابه ثم يستوي المستهم بعدهم الا في
فاسقا ● والنفير من نفر القوم في الامر والى الثغر نفرا ونفيرا اي خرجوا ● قوله انفروا خفافا وثقالا
اي اخرجوا ركبانا ومشاة ● وقيل شبانا وشيوخا ● وقيل عزابا ومتاهلين وقيل
اغنياء وفقراء وظاهر الاية يقتضي الفرضية عند النفير وغيره الا ان فرضية الكفاية ثبت بقوله تعالى
لا يستوي القاعدون الاية كما ذكرنا وبانه عليه السلام خرج في بعض الغزوات وقعد في البعض ولانه
عليه السلام حين خرج الى الغزو ما خرج كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع احدا منهم وبالمعقول
كما ذكر في المتن فعلم ان المراد من هذه الاية عند النفير ● قوله كاول الكلام وهو قوله الجهاد واجب واخر
اي اخر الكلام وهو قوله حتى يحتاج اليهم ● قوله يفترض على الكل على كل من يقرب ويقدر على جميع اهل

الاسلام

الاسلام كما ذكرنا من الذخيرة ● قوله وقتال الكفار واجب اي الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام والجزية
وان لم يبدؤا واما القتال في السير الكبير قال الثوري قتالهم ليس بفرض الا ان يكون البداية منهم لظاهر
قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم ● ولنا قوله
اقتلوا المشركين وقاتلوهم ● وكتب عليكم القتال وغيرها من الايات بلا فصل ● والنبي عليه السلام امر في
بدء الاسلام بالصفح والاعراض ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة الحسنة والمجادلة فنسخ الاعراض ثم
امر بالقتال في بعض الازمان فقال تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ثم امر بالقتال ابتداء في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها قال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله كذا في المبسوط والذخيرة ● وفي الايضاح وحرمة القتال في الاشهر الحرم نسخت ●
بقوله تعالى فاقتلوهم حيث وجدتموهم وبانه عليه السلام حاصر الطايف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة
نوع من القتال ● قوله لان الصبا مظنة المرحمة وضعف البنية ● وعن ابن عمر انه قال عرضت على النبي
صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة فلم يجزني في المقاتلة متفق عليه وكذا ليس للولد ان يخرج
الى الجهاد بغير اذن والديه ولا للمراة والعبد بدون اذن الزوج والسيد باجماع الائمة الاربعة الا
ان يكون النفير عاما ● قوله ويكره الجعل اراد ما يضرب الناس للغزاة بما يتقوى به الغزاة والفي اسم
للمال المصاب منهم بالقتال لانه اي الجعل يشبه الاجر على الطاعة ومحض الاجر حرام فما يشبهها
يكره ● انه اخذ الدروع من صفوان بن امية بغير رضاه ● قوله كان يغزي الاعزب يقال اغزى الامير
الجيش ● ورجل عزب بالتحريك لا زوج له ولا يقال اعزب وقد جاء في الحديث وموشات اعزب
كذا في المغرب ● الشاخص الذاهب من الشخوص وهو الذهاب من بلد الى بلد من حد منع ● وقيل
يكره لما بينا ● وقلنا ان عم اعانه على البر والجهاد بالمال وكلاهما منصوصان واحوال الناس
في الجهاد يتفاوت منهم من يقدر عليه بالنفس والمال ● ومنهم من يقدر عليه بالنفس دون المال لفقره
ومنهم من يقدر عليه بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغني بماله الفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا
بنفسه والقاعد مجاهدا بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضه بعضا ● باب

كيفية القتال

● لما ذكر فرضية الجهاد وشرائطه شرع في بيان كيفية القتال ● قوله
حاصروا مدينة او حصنا يقال حاصر العدو محاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه واحاطوا به مكان
الرجل بالمكان اقام ومنه المدينة والحصن بالكسر كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة
اكبر من الحصن ● قوله كفوا اي امتنعوا وامتنعوا انفسهم عن القتال اذا الكف جاء لازما ومتعديا ● قوله
على ما نطق به النص وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد الاية جعل غاية قتالهم اعطاء الجزية والمراد
القبول وبالقبول يصيرون من اهل دارنا ● قوله فيكفي بالنون على بناء المفعول بنصب مؤنته على
المفعول الثاني ولانه تعالى قال وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا فظاهره يدل على عدم القتل قبل
الدعوة ● قوله للنبي روي انه عليه السلام بعث عليا في سرية وقال لا تقاتلهم حتى تدعوهم الى
قوله ولا غرامة اي لما اتلف من الاموال والدماء لعدم العصمة المقومة لانها بالدار عندنا وعن
الشافعي يضمن لحرمة القتل ● وقلنا العصمة اما بالدين او الاحراز ولم يوجد ومجرد حرمة القتل
لا يكفي لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان ● قوله مبالغة في الانذار والمبالغة في الانذار
ربما تنفع فالقلب ميال خصوصا الى المحاسن ● وفي المحيط بلوغ الدعوى اما حقيقة او حكما بان استفاض
شرقا وغربا انهم الى ما يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهور الدعوى مقامها في حق كل مشرك بدليل
حديث بني المصطلق ● ثم انما يستحب تقديم الدعوى مرة اخرى بشرط ان لا يكون في التقديم ضرر

بالمسلمين حتى لو علم انهم بالدعوة يستعدون ويحتالون بحيلة او يتحصنون لا يستحب لان الدعوة مستحبة
ودفع الضرر واجب فلا يجوز الاشتغال بالمستحب اذا تضمن ترك الواجب • **قوله** وهم غارون اي غافلون
والغرة الغفلة وعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اي اوصى • قوله ان يغير من اغار على العدو اخرجه
من جانبه بهجومه عليه وابنى بوزن حبلى بالشام والغارة لا يكون بدعوة لان فيها ستر الامر والاسراع
لانها اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر اغار الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو
ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون ولا يقدر عليهم وفي بعض النسخ اشجارهم وزروعهم وقال
الشافعي في قول واحمد في رواية لا يفعلون ذلك الا ان الكفار يفعلون ذلك معنى لما روي ان ابا بكر
رضي الله عنه قال ليزيد حين بعثه اميرا وتوصيته يا يزيد لا تقتل صبيا ولا امراة ولا هرما ولا تخربن
عامرا ولا تعقرن نخلا مثمرا ولا دابة عجما ولا شاة الا لماكلة ولا تحرقن نخلا ولا تغرقنه ولا تغلل •
ولا تجبن وان كان يفعلونه معنى جاز فعله بهم • **وقلنا** ومالك والشافعي في قول واحمد في
رواية يجوز الغرق والحرق بكل حال لما روى الزهري عن ابن عمر انه عليه السلام حرق نخل بني النضير •
وقطع وهي البويرة • فانزل الله تعالى ما قطعتم من لينة الاية • ولها يقول حسان • وهان على
سراة بني لوي • حريق بالبويرة مستطير • رواه مسلم والبويرة مثل الدويرة تصغير الدار وكان عليه
السلام اوصى لاسامة وقال اغر على ابنى صباحا وحرق • وفي المحيط وينبغي للامام اذا تيقن بالفتح
بدون التغريق والتحريق ان لا يحكم به لان ذلك مكروه • والكبت الاذلال والصرف يقال كبت العدو
وصرفه واذله من حد ضرب كذا في الصحاح • **قوله** لا باس برميهم وان كان معهم اسير مسلم الى اخره
قال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك وبه قالت الائمة الثلاثة
لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتال الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين •
فكان مراعاة جانب المسلم اولى • وقالت الائمة الثلاثة الا ان يخاف انهزام المسلمين اذا لم يرم فيجوز حينئذ
لتحقق الضرورة • **وقلنا** امرنا بقتالهم ولو اعتبرنا ذلك المعنى لانسد باب القتال معهم فان
حصونهم ومدائنهم قل ما تخلو عن مسلم عادة ولان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام •
اي مجتمعهم • **وقيل** الاسير والتاجر ضرر خاص فيتحمل لدفع الضرر الاعلى ولهذا يجوز الرمي اليهم وان كان
فيهم نساؤهم وصبيانهم وحرم قتلهم كذا في المبسوط • وفي المغرب سمي مجمع اهل الاسلام بيضة تشبيها
ببيضة النعامة وغيرها لان تلك مجمع الولد • وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكرنا بان فيهم اسيرا او تاجرا
وقال الشافعي ومالك واحمد اذا تترسوا بالمسلم نظر ان لم تدع الضرورة الى رميهم واحتمل الحال الاعراض
لم يجز رميهم وان دعت الضرورة يجوز كما لو تترسوا في حال التحام القتال وخوف ظفرهم على المسلمين وفي
غير ذلك في جواز الرمي الى المسلم وهو الاظهر وعن الشافعي في وجه لا يجوز اذا لم يتات ضرب الكفار الا بضرب
المسلم لان دم المسلم لا يباح لخوف قتله كما في الاكراه • **ولنا** ان الطاعة بحسب الطاقة وما في وسعه
التمييز في الرمي بين المسلم والكافر فلو امتنعنا باعتباره ينسد باب الجهاد كما بينا حتى لو قدرنا على
التمييز يجب التمييز • **قوله** وما اصابوه منهم اي من قتل صبيانهم المسلمين واساراهم لا دية عليهم ولا كفارة
وعند الشافعي يجب الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان • وفي التهذيب ولو رمى في غير حال الضرورة
وهو يعلم انه مسلم يجب القود وان ظنه كافرا فلا قود وتجب الكفارة وفي الدية قولان • وعن المزني ان علم انه
مسلم وعلم للضرورة تجب الدية • وقال ابو اسحق ان قصده لزمته الدية علم انه مسلم او لا لقوله عليه السلام
ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل دمه وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف لم تلزمه الدية كذا في
شرح الوجيز • **وقلنا** في الاحتراز سد باب الجهاد فكان القتال فرضا والرمي منه والغرامة لا تجب

الفروض لان الضمان اثر التعدي والفرض يمنع كون الفعل تعديا والضمان يلازم المباحات بشرط السلامة
لا الفروض وخص من الحديث قطاع الطريق والبغاة فيختص المارع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله تعالى
قوله بخلاف حالة المخمصة فان المضطر لو اكل مال الناس في حالة المخمصة فانه يضمن وان الاكل ليس
بفرض في هذه الحالة بل اذا صبر حتى مات كان مثابا ولان الضمان اذا وجب في الجهاد يمتنع عن الفرض لئلا
يلزم عليه غرامة بخلاف حالة المخمصة فانه يقدم على التناول عند رفع الخطر وان كان ضمان لزيادة
محبته البقاء طبعا فكان رفع الخطر بمنزلة رفع الضمان هنا فلما كان كذلك لا يلزم من وجوب الضمان
في حالة المخمصة وجوب الضمان اي ضمان المال الجاني نفسه في حالة المخمصة اما الجهاد بني على اتلاف
النفس اي انفس الكفار وقد يكون فيهم مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا من القتال وهو فرض
وذا لا يجوز كما لا يجوز وجوب الدية والكفارة على الامام فيما مات الزاني من جلده ورجمه لئلا يمتنع عن
تقلد القضاء • وهو فرض وحذار منصوب على انه مفعول له • **قوله** اخراج النساء العجائز للمداواة
والخدمة من الطبخ والسقي لان خروج النساء مع النبي عليه السلام مشهور وام ايمن كانت تخرج مع النبي
صلى الله عليه وسلم تداوي الجرحى والمرضى وتقوم على الطبخ • اما الشواب فمقامهن في البيوت احوط
بهن • **قوله** ولا يباشرن القتال لانه يدل على ضعفنا الا للضرورة فقد روي ان ام سليم قاتلت
يوم خيبر شادة على بطنها حتى قال النبي عليه السلام لمقامها خير من مقام فلان وفلان اي من
المنهزمين • هذا في العسكر العظيم • اما في سرية لا يؤمن عليها يكره • وفي فتاوي قاضي خان قال
ابو حنيفة اقل السرية مائتان واقل الجيش اربعمائة • وقال الحسن بن زياد اقل السرية اربعمائة واقل
واقل الجيش اربعة الاف • وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار • **قوله**
لان الغالب هو السلامة اذ الغالب هو الظفر والنصر كما صنع الله باوليائه وحزبه والغالب
كالمتحقق في الاحكام • وفي المحيط يكره ادخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ذكره في السير الكبير
وقال الطحاوي هذا كان في بدء الاسلام عند قلة المصاحف وحملة القران ثم انتسخ ذلك متى كثرت
المصاحف وكثر القراء حينئذ لا باس به والاصح ما ذكره محمد • وقوله لما بينا اشارة الى قوله لتقدم
حق المولى والزوج الى اخره • **قوله** الا ان يغدروا الى اخره في المحيط هذا بعد الظفر واعطاء الامان
اما قبل الامان فلا باس به وكذا بالمثلة قبل الظفر او الامان • قوله هو المنقول في المبسوط روى عمران
بن الحصين انه قال ما قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا بعد ما مثل العرنيين الا كان يحثنا
على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة يدل على تاكيد الحرمة • **قوله**
ولا شيخا فانيا في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند
التقاء الصفين ولو كان يقدر على الصياح يقتل لانه بصياحه يحرضهم على القتال • وكذا اذا كان قادرا
على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين • **قوله** لان المبيح عندنا هو الحراب وبه قال
مالك واحمد والشافعي في قول وقال في قول اخر • وقوله والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني الى اخره
هذا في قول له كذا في شرح الوجيز وفي الشيوخ الضعفاء والعميان والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل
قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال احمد في رواية لعموم قوله تعالى اقتلوا المشركين • وروي انه عليه
السلام قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم اي المراهقين لانهم كفار والكفر مبيح للقتل • وفي
قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد في رواية لما روي انه عليه السلام قال لا تقتلوا شيخا
فانيا ولا طفلا ولا امراة رواه ابو داود والمقعد والزمن ومقطوع اليدين او الرجلين في معناه • وعن ابي
بكر رضي الله عنه انه اوصى يزيد بن ابي سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء

ولا الشيوخ ويتحدون قوماً حبسوا انفسهم في الصوامع فدعوهم وما حبسوا له انفسهم • قوله
ولهذا لا يقتل يابس الشق اي المفلوج ويراد باليبس بطلان حسه وذهاب حركته لانه ميت حقيقة كذا
في المغرب والحجة عليه اي على الشافعي ما بينا وهو قوله لا يقتل يابس الشق والمراد بالدراري النساء
مجازاً باعتبار السببية اذ النساء سبب لحصول الدراري اذ لا يمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على
الصبيان واما الاية فخص منها الذمي والمستامن وغيرهما لعدم الحراب فعلم ان المؤثر عدم الحراب واما
الحديث شاذ معارض لما رواه ابو داود فنحمله على شيخ غير فاني جمعاً بين الخبرين • قوله الا ان يكون احد
هؤلاء الى آخره فلا خلاف فيه للائمة الاربعة وقد صح انه عليه السلام امر بقتل دريد بن الصمة يوم حنين
وقد استحضروه ليدبر لهم وكان ابن مائة وعشرين سنة • وفي رواية كان ابن مائة وستين سنة • وقيل
هو اعمى ايضاً • قوله في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل وان لم يقاتل لقوله وصاحبهما في الدنيا معروفاً
وفي السير الكبير المراد الابوان المشركان بدليل قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي وليس من المعروف
ان يقتلهما ويتركهما جزراً للسباع • وروي انه عليه السلام منع ابا بكر عن قتل ابيه يوم بدر ولا خلاف فيه •
قوله امتنع عليه وفي الذخيرة لو ظفر على قتل ابيه لا ينبغي ان يقصده بالقتل ولا ينبغي ان يمكنه من الرجوع
حتى لا يعود حرباً علينا ولكنه يلجئه الى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله • قوله لا باس به اي بقتل
ابيه لان مقصود الابن الدفع لان الابن في هذه الحالة يؤثر حياة نفسه على حياة ابيه وله ذلك الا ترى
انهما اذا كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي لاحدهما للابن ان يشربه وان كان الاب يموت عطشاً فكذا
هنا • قوله لما بينا وهو ان المقصود الدفع فهذا اولى لانه كافر • وكذا هذا في الام والجد والجدة ولو كان
المشرك اخاه له ان يبتدي بقتله • وعند الشافعي يكره ان يقتل ذا رحم محرم من الكفار • وفي ذي رحم غير
محرم له وجهان في وجه يكره وفي وجه لا يكره وقول مالك واحمد كقولنا • فان قيل الاب والاخ
اذا كانا باغيين لا يحل له ان يبتدي بقتلهما وفي الاخ المشرك يحل الابتداء بقتله فما وجه الفرق قلنا
الاخ اذا كان مسلماً يجب احياؤه بالاتفاق بالكف عن قتله فكذا اذا كان باغياً • واذا كان كافراً لا يجوز
احياؤه بالاتفاق وكذا الاب احياؤه بالكف عن قتله فكذا اذا كان باغياً بخلاف الابوين فانه يجب احياؤهما
اذا كانا كافرين بالاتفاق فكذا يجب احياؤهما بالكف عن قتلهما • وفي المحيط وكذا لا يجوز قتل الاجداد والجدات
المشركات ولا خلاف فيه للائمة الاربعة ولا يكره قتل ابنه المشرك وعند الشافعي يكره لانه يكره عنده
قتل ذي الرحم المحرم الا ان يسمع منه او من ابنه ذكر الله تعالى بسوء او رسوله فحينئذ لم يكره عنده لما روي ان
عبيدة ابن الجراح قتل اباه سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر النبي عليه السلام صنيعه والله اعلم •

باب الموادعة

• ومن يجوز امانه لما ذكر القتال شرع في تركه اذ ترك الشيء
يعقب وجوده والمراد بالموادعة المصالحة وسميت المصالحة بالموادعة لانها متاركة من الودع وهو
الترك • قوله وكان مصلحة للمسلمين وان لم يكن في الصلح مصلحة للمسلمين لا يجوز باتفاق الفقهاء • فان
قيل قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها الاية عامة فتقتضي الجواز مطلقاً • قلنا هذه الاية
محمولة فيما اذا كانت مصلحة فيه للمسلمين بدليل اية اخرى وهي قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم
الاعلون وبدليل الايات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض فانا امرنا بقتالهم وترك ما هو فرض لا يجوز
بغير عذر لانه يلزم ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر • واما معنى فلانها اذا لم تكن في المصالحة
مصلحة لنا لم يكن فيها دفع شرهم فلم يحصل الجهاد معنى وبدليل موادعة النبي عليه السلام على ما ذكر في
الكتاب • قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة وهي عشر سنين بل على ما يراه الامام وبه قال مالك
واصحاب احمد لاطلاق النص • وقال الشافعي لا يجوز سنة اذا كان الامام مستظهراً • اما اذا كان الامام

من غير مستظهر بان يكون في المسلمين ضعف فيجوز اكثر من سنة مدة تدعو الحاجة اليها واكثرها عشر سنين
وفي الاصح لا يجوز اكثر من اربعة اشهر وكان ذلك في اقوى ما كان عند منصرفه من تبوك • وروي انه عليه
السلام صالح صفوان بن امية يوم الفتح اربعة اشهر فاسلم قبل المدة ولا يجوز ان يصالح سنة لانها مدة الجزية
ولا يقر الكافر سنة بلا جزية وفيما بين اربعة اشهر وسنة قولان اصحهما المنع لانه امر بقتل المشركين مطلقاً
واذن في الصلح اربعة اشهر • وقلنا قوله تعالى وان جنحوا للسلم الاية مطلق غير مقيد وقد صالح النبي عليه
السلام عشر سنين فعلم ان المدة غير مقتصرة لما روينا ولما رايت من اربعة اشهر فيفوض الى راي الامام ويقدر
بقدر الحاجة والمصلحة وهي قد تزيد وتنقص لتعدي المعنى وهو دفع الشر لما انه يحتمل ان يكون المصلحة
فيما اذا زاد على عشر سنين الحديبية بتخفيف الياء الاخيرة وقد يشدد موضع قريب من مكة وكان في صلح الحديبية
مصلحة للمسلمين لمواطاة كانت بين اهل مكة وبين اهل خيبر • قوله نبذ اليهم وفي المغرب نبذ الشيء من يده
طرحه نبذاً ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه لما اضمرهم طرحه عليهم قال عليه السلام في العهود وفا
اي بعي وفاء • وقال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم
ذلك نعلم انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل علمهم بذلك • قوله لما بينا من قبل وهو انه ترك الجهاد صورة
ومعنى قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي بدار اهل الحرب للحرب لانه الماخوذ منهم بعد نزول العسكر بدار
الحرب للحرب لانه الماخوذ منهم بعد نزول العسكر بدار الحرب ماخوذ قهراً معنى وكان الماخوذ قهراً صورة
ومعنى وهو الماخوذ بعد الفتح • قوله واما المرتدون وكذا الباغون فيجوز موادعتهم حتى ينظروا في
امرهم لانه ترك القتال لمصلحة فجاز كما في حق اهل الحرب ولا ياخذ عليه اي على تاخير قتالهم مالاً لان
في اخذ المال تقريراً على ذلك وتقرير المرتد على الردة لا يجوز ولانه يشبه الجزية ولو اخذ لا يرده لان في
الرد عليهم معونة على القتال لهم • قوله لما فيه اي في ذلك الصلح من اعطاء الدنية اي النقيصة
ومنها قول عمر رضي الله عنه ان الله تعالى اعز الاسلام فلم نعط الدنية في ديننا ذكره في المغرب في الحديث
ليس للمومن ان يذل نفسه الا اذا خاف اي الامام الهلاك على نفسه وسائر المسلمين كما قال تعالى هنالك
ابتلي المومنون وزلزلوا زلزالاً شديداً • بعث النبي صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع
بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي النبي عليه
السلام • قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهم وقالا يا رسول الله ان كان هذا
عن وحي فامض بما امرت به وان كان راياً رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولهم دين وكانوا
لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء او قرى فاذا اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا
نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام اني رايت العرب رمتكم بقوس واحدة اي شديد الاجتماع على المعاداة
فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم الا ذلك فانتم وذاك فاذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال عليه السلام
الى الصلح في الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين راى القوة لهم امتنع عن ذلك وقد كان عليه السلام
يعطي المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم فدل انه لا باس به عند خوف الضرر كذا في المبسوط •
قوله لان دفع الهلاك واجب باي طريق كان وهذا لا يجري على عمومه فانه لو لم يكن دفع الهلاك
عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر ينبغي ان يجب اجراؤها حيث لا يجب بل هو رخص فيه وكذا لو اكره بقتل نفسه
ان يقتل غيره لا يجب عليه قتل الغير بل الصبر عن قتل الغير هو الواجب حتى لو صبر على الصورتين كان
شهيداً فعلم ان المراد باي طريق كان سوى المستثنيات التي لا اباحة في مباشرتها شرعاً • قوله ولا يجهزهم
اي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد هنا السلاح والكراع والحديد • وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم يقال مار اهله اي اتاهم بالميرة وهو الطعام ولو شرطوا في الصلح ان يرد

عليهم الامام من جانا مسلما منهم بطل الشرط ولم يجب الوفا به عندنا وبه قال مالك وقال الشافعي
واحمد في رواية يجب الوفا به في الرجال دون النسا لانه عليه السلام فعل ذلك باهل مكة ولو شرط
رد النسا المهاجرات لا يجب على الامام الرد فاذا جات مسلمة مهاجرة النسا او شرط بقوله من جا منكم لا
يجب على الامام رد النسا وهل يغرم المهر فيه قولان له في قول لا يغرم وهو قولنا ومالك واحمد وفي
قول يغرم • **وقلنا** ان شرط الرد مخالف للنص قال تعالى فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى
الكفار الاية وما روي نسخ بما تلونا • **فصل** الحق فصل الامان بالموادعة لما ان كلا منهما سبب
ترك القتال الا ان الموادعة من الامام فقدمها لتقدم فاعلها **قوله** صح امانهم اي امان تلك جماعة
الكفار او اهل الحصن اضاف المصدر الى المفعول • **قوله** يتكافوا اي تماثل ذمتهم اي بعهدهم فاضافه
المصدر الى الفاعل هنا ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه والمراد بالذمة العهد موقتا
كان او مابدا وذلك الامان وعقد الذمة وانما فسر الادنى بالاقل هاهنا احترازا عن تفسير محمد حيث
فسره بالعبد لانه ادنى المسلمين فجعل الادنى هاهنا من الدناة وجعله غيره من الدنو لانه اي لان
الواحد سوا كان رجلا او امراة من اهل القتال بالتسبيب ما بنفسها بان تخرج للمداواة والخبز ولك
منها جهادا او بمالها او بعبيدها • واما قوله عليه السلام هاه ما كانت هذه تقاتل اي بنفسها وفي
المبسوط ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم آمنت زوجها ابا العاص بن الربيع فاجاز رسول
الله امانها • وعن ام هاني اجرت حموين لي يوم فتح مكة فدخل علي بريد قتلهما فقال اجرت المشركين
فقالت لا الآن يبدا بي قتلهما واخرجته من البيت وغلقت الباب عليهما ثم اتيت رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلما راني قال مرحبا بام هاني قلت ما ذا لقيت من ابن امي علي اجرت حموين لي واراد قتلهما قال
عليه السلام ليس له ذلك قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت فيتحقق الامان منه اي من واحد •
للملاقاة اي لملاقاة الامان محله اي محل الامان وهو محل الخوف اذ الامان ازالة الخوف وهو موجود
فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى اي الامان الى غيره اي غير الذي امن من اهل الاسلام كما في شهادة هلال
رمضان ولان سببه اي سبب الامان لا يتجزى وهو الايمان بالقلب او هو الاسلام لا يتجزى فكذا الامان •
لا يتجزى فيتكامل اي ينفرد كل به اي كل مسلم لكمال سببه في حقه كالتزوج بولاية القرابة فان الصغيرة
اذا كان لها اخوان ينفرد كل واحد منهما بولاية التزوج لان سببها الاخوة لا يتجزى وقد بيناه اي في باب
الموادعة وكذا لما بينا اشارة الى ما ذكر في باب الموادعة • ثم راى نقض الصلح نبذ اليهم الى اخره **قوله**
لا افتياته اي لسبقه على راي الامام في امر الحرب وحقيقة الافتيات الاستبداد بالراي واصله الافتوات
قلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها • وهو افتعال من الفوت والسبق **قوله** اي الذمي منهم بهم لانه
يوافقهم اعتقادا او يميل اليهم ولانه لم يوجد في حقه سبب ولاية الامان وهو الايمان • وعن مالك
يصح امانه لان له ذمة فكان تابعا للمسلمين والمشهور منه لا يصح كقول الجماعة ولا تاجر ولا اسير ولا يصح
امان الخايف وبه قال مالك وقال الشافعي ان لم يسا منوا من التاجر والمسلم الذي بين اظهرهم لم تصح امانه
في وجه وفي وجه يصح والاول اصح • اما لو اكرهوه او استامنوه لا يصح وجها واحدا **قوله** لما بينا اشارة
الى قوله ان الامان يختص بمحل قوله • وقال الشافعي وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية للحدث
المذكور • وعن عمر قال كان او ان امان واحد من المسلمين كفارة حين علم بامان عبد ولانه مومن من
اهل القتال لان تاثير الاذن في رفع المانع لا في اثبات الاهلية لمن ليس باهل ولان الامان ترك القتال •
فلا يستفاد بالاذن في القتال لانه ضده وبعد الاذن يمرون في الامان ليس بنايب عن سيده حتى يعتبر دينه
لا دين سيده فدل انه انما كان اهلا لكونه مسلما اذ الاسلام شرط صحة العبادة والجهاد عبادة والامان

جهاد معنى من اهل القتال • **قوله** مومن ممتنع اي ذي قوة وامتناع بعني له بنية صالحة للقتال • **قوله**
وبالمويد من الامان وهو عقد الذمة حيث يصح عقد الذمة منه بالاتفاق وعقد الذمة اقوى •
من الامان فيستدل بصحة الاقوى على صحة الادنى بالطريق الاولى • وقوله فالايمان اي شرطنا الايمان
ليصح منه الامان كما ذكرنا انه جهاد معنى والامتناع اي شرطنا كونه ذا امتناع وقوة ليتحقق ازالة
الخوف فيكون الامان في محله • **قوله** وانما لا يملك المسابقة اي القتال يعني انما حجر عن القتال
للمسابقة لما فيه من الضرر بالمولى فربما يقتل فتفوت ماليته ولانه يقوم بمنفعة البدن اذ لا مال له حتى
يقوم بجهاده فيقوم الجهاد بمنفعة بدنه ومنافع بدنه مستحقة للمولى • **قوله** ولا تعطيل اي ولا تعطيل
المنافع بمجرد القول وهو الامان بل فيه نفع يعود الى المولى وغيره من المسلمين اذ الكلام في موضع يكون في
امانه مصلحة لهم • **قوله** ولابي حنيفة وبه قال مالك في رواية سحنون عنه اي العبد المحجور عن
القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلا يقع الامان في محله • **قوله** والامان نوع قتال لان القتال
ما شرع لعين المسابقة والمقاتلة وانما شرع لكونه سببا لكسر شوكة العدو ودفع شرهم واعزاز الدين •
وهذا كما يحصل بالقتال يحصل بالامان ايضا فان الامان شرع حال ضعف المسلمين وقوة الكفار كان ذلك
ان كسر شوكتهم واعزاز الدين يحصل في هذه الحالة بالامان فيثبت ان الامان قتال معنى والعبد لا يملك
القتال بغير اذن المولى فكذا لا يملك الامان ومنها لانه قد يخطئ لان الخيرية في الامان مستورة لا يعرفه
الا من يكون مشغولا والعبد محجور عنه فيتحقق الضرر وهذا معنى قوله وفيه اي في الامان مما ذكرنا
وهو الحاق الضرر بالمولى • وفيه اي في الامان سد باب الاستغنام والاسترقاق يعني تصرفه لما توهم
الضرر بالمولى وفي حق جميع المسلمين بخلاف الماذون له في القتال لانه اي المولى رضي به • **قوله**
والخطا نادر يعني احتمال الخطا في الامان لمباشرة العبد القتال فالظاهر انه اذا باشر القتال يعرف
الخيرية في الامان ولا يخطئ الا نادرا • والمروي محمول على الماذون وبخلاف المويد وهو عقد الذمة
امان مقابل بالجزية وفيه نفع للمسلمين ولانه اي الامان المويد مفروض اي فريضة عند مسالتهم يعني الكفار
اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه وانقاط الفرض عن الامام وغيره نفع محض فيصح
منه كقبول الهبة والصدقة • وفي المبسوط ولو اعتبر ما سبق من العقد احتسب عليهم بتلك المدة
الجزية ولو لم يعتبر كان ابتدا المدة من الحال لكونه محض منفعة حكمنا بصحته من العبد • فاما الامان
متردد بين النفع والضرر ولهذا لا يفترض اجابة الكفار • وفيه ابطال حق المسلمين في الاستغنام •
قوله وهو اي الصبي لا يعقل لا يصح وبه قالت الايمة الثلاثة كالمجنون • قوله فعلى هذا الخلاف •
يعني لا يصح عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير معتبر كما في الطلاق والعتاق •
وعند محمد يصح وبه قال مالك واحمد • **قوله** والاصح انه يصح بالاتفاق وبه قال اصحابنا ومالك
واحمد لانه تصرف دائر بين النفع والضر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن **باب الغنايم**
وقسمتها لما ذكر القتال وما يسقط به القتال وهو الصلح والامان شرع في بيان ما يحصل بالقتال
وفي المغرب عن ابي عبيد ما نيل من الكفار عنوة والحرب قايمة فهو غنيمة خمس واربعة اخماسه للغانمين
خاصة • والفي ما نيل منهم بعد وضع الحرب وصيرورة الدار دار الاسلام فحكمه ان يكون لكافة المسلمين •
لا يخمس كالخراج والجزية • والنفل ما يعطي الامام الغازي زيادة على سهمه ومنه النفل والنافلة وفي
الذخيرة يجب ان يعلم بالاتفاق وفي قوله تعالى ويسالونك عن الانفال الغنايم لانها زيادة على محللات هذه
الامة فان الغنايم حرام على الامم الماضية واحلت لهذه الامة زيادة ما يحصل للغازي من المقصود الاصلي
وهو الثواب واما لفظ النفل يستعمل في عرف الفقها فيما يعطي الامام زيادة على ما يحصل للغازي من المقصود

شهيد • وقوله اي قهرا منه البس تفسير له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد
بل يكون تفسيره من طريق شعور الذهن لا من الذلة يلزم القهر او ان الفتح بالذلة فيكون تفسيرا بلازمه
قوله ان شاء قسمه اي البلدة على تاويل البلد ووضع على رؤسهم الجزية وبه صرح في الزيادات
وهذا عندنا • وقال الشافعي واحمد تقسم الاراضي ايضا ولا يتركها في ايديهم وقال مالك في المشهور
منه اراضي الكفار الماخوذة قهرا وقف تصرف في مصالح المسلمين • وعن مالك في رواية يقسمها وعنه
في رواية الامام مخير كما قلنا • للشافعي عموم قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية ولان الاراضي صارت
حقا للغانمين عندكم وملكا لهم عندي بالاستيلاء فلا يجوز ابطال ملكهم او حقهم الا ببدل يعدلها والخراج
لا يعدلها لقلته بخلاف الرقاب ان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل لا بالعوض القليل او لانها خلقت
في الاصل احرارا فالامام اذا استرقهم بدل حكم الاصل واذا جعلهم احرارا بقي حكم الاصل • وله في فتح السواد
وجوه • احدها انه فتح صلحا لا قهرا والمشهور عن الصحابة انه فتح عنوة وقسم اراضي السواد في جملة الغنائم
فجعل الاراضي لاهل الخمس ثم استطاب قلوبهم والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور انه خصصها باهل الخمس ثم
استطاب قلوبهم عنها واستردها وردها على اربابهم بخراج يؤدونه كل سنة • وقال ابن سريج باعها من اهلها
بثمن منجم وفتح مكة صلحا لا عنوة فيجوز بيع اراضيها عنده • ولنا حديث فتح مكة فانها فتحت عنوة وترك
في ايديهم وابنيتها مما يملك ولم يقسمها بين الغانمين لقوله تعالى وهو الذي كف ايديهم عنكم وايديكم عنهم ببطن مكة
من بعد ان اظفركم عليهم والظفر في القتال يكون لا في الصلح • وقال عليه السلام يومئذ من دخل دار ابي
سفيان فهو آمن ومن القى السلاح فهو آمن ولو كان الامن ثابتا بالصلح لما احتيج الى ذلك وقصة ام هانئ مع علي
دليل عليه ايضا فاجمع اهل العلم انها فتحت عنوة وفتح السواد عنوة وهو مشهور في كتب المغازي • ومن عمر
حين فتح السواد عنوة على اهلها بان ضرب الخراج على اراضيهم وضرب الجزية على رؤسهم ولم يقسم بين الغانمين محتجا
بقوله ما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاءوا من بعدهم اي ان الغنيمة لله ولرسوله الى اخره والذين جاءوا
من بعدهم فالله تعالى جعل للذين يجيئون من بعد المهاجرين والانصار نصيبا في الفيء كما جعل للمهاجرين
والانصار الموجودين ولو كانت القسمة حتما لم يكن لمن يجيء من بعدهم في الفيء نصيب وانما يكون لهم بالمن
بوضع الخراج والجزية ولهذا قرا عمر رضي الله عنه على الصحابة حين استشارهم ولم يخالف على ذلك الا نفر
يسير مثل بلال وسلمان وابي هريرة حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فلم يحل الحول وعليه
وندموا ورجعوا الى رايه كذا في المبسوط • وفيه فما حال عليهم الحول الا ماتوا جميعا • **قوله** وقيل الاولى
هو الاول عند الحاجة كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بخيبر فانه كان عند حاجة المسلمين • والثاني اولى
عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق وعند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني •
قوله اما في المنقول المجرد قيد به لانه جاز المن بالرقاب تبعا للاراضي لانه عليه السلام من على اهل مكة
برقابهم مع اراضيهم • اما في الرقاب المجرد تتعلق بها حق الغانمين ولم يرد الشرع بالرد والمن فيه • **قوله**
وفي العقار خلاف الشافعي وقد بيناه والحجة عليه اي على الشافعي ما رويناه من قصة عمر وفعل النبي صلى
الله عليه وسلم باهل مكة والاية والاجماع حجة عليهم • **فان قيل** لا اجماع مع مخالفة من خالف على
قلنا لا يعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه لانهم اصحاب الظواهر ويدل عليه دعاء عمر عليهم على
المنبر واذا كان خلافهم بالاجتهاد والدليل لا يجوز الدعاء عليهم مع انه صح ندمهم ورجوعهم كما ذكرنا
قوله ولان فيه اي فيما بين المن اذ لو قسمها بينهم لاشتغلوا بالزراعة المنهي عنها وقعدوا عن الجهاد المامور
فيظهر عليهم العدو وهم لا يهتدون الى الزراعة اما اذا تركها في ايدي اربابهم وهم عارفون بوجوه الزراعة
يشتغلون بها ويؤدون الجزية فيصرف الى المقاتلة ليشتغلوا بالجهاد فارغين والمقصود من المال الفراغ للجهاد

فمنفعة القسمة وان كانت اعجل فمنفعة الخراج ادوم والعبرة للدوام وفي المن رعاية حقهم وحق من يجيء
بعدهم وانما قسم النبي عليه السلام خيبر لحاجة اصحابه كان يومئذ • وعندنا الاولى للامام القسمة عند
الحاجة كما ذكرنا • **قوله** والمؤن مرتفعة اي من المسلمين او من الامام مؤنة الزراعة مرتفعة بالمن •
قوله ولم يخرج عن حد الكراهة فانه اذا من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم سائر الاموال جاز ولكن ولان
عمر رضي الله عنه لم يفعل كذا وهو الامام في هذا الباب ولان منفعة المن الزراعة وهم لا يقدرون عليها بلا مال
فلا يفيد المن وفيه تعذيب الحيوان بلا فائدة ذكره التمرتاشي • **قوله** ان شاء قتلهم اي قبل اسلامهم لانه قتل
عقبة ابن ابي معيط والنضر بن ابي سهيل بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم •
قوله بدونه اي بدون القتل قوله لم ينعقد السبب اي سبب الملك وهو الاسلام قبل الاسترقاق وحاصله
ان الاسلام لا ينافي بقاء حكم الاسترقاق ولان الرقبة تثبت بطريق التبعية فبقاؤها يكون تبعا ولكن الاسلام
ينافي حكم القتل لان القتل جزاء الكفر الحقيقي لا جزاء اثم ولهذا لا يثبت حكم القتل بطريق التبعية وان شاء
تركهم احرارا • **فان قيل** قوله تعالى فاقتلوهم حيث وجدتموهم ينافي ترك خيار القتل **قلنا**
خص من هذه الاية اهل الذمة والمستامنون والنساء وغير ذلك بالنص والاجماع فخص المتنازع فيها
بفعل عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة • وقوله لما بينا اشارة الى قوله كذلك فعل عمر بسواد العراق الى
اخره **قوله** ولا يفادي في المغرب المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته وعندهما
يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي واحمد ومالك الا النساء فانه لا يجوز المفاداة بالنساء
عندهم ومنع احمد المفاداة بصبيانهم لان فيه تخليص المسلم الى اخره • وقد روي انه عليه السلام فعل
ذلك • وفي السير الكبير لا باس بالمفاداة باسارى المسلمين وهو قوله واظهر الروايتين عن ابي حنيفة لان
تخليص المسلم واجب ولا يمكن الا بالمفاداة • وقال ابو يوسف يجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة وبعدها لا يجوز
وعند محمد يجوز بكل حال • **قوله** لما بينا اشارة الى قوله فيه معونة على الكفرة **قوله** لا باس بالفداء بالمال
قوله باسارى بدر فانه عليه السلام فادى اسارى بدر بالمال والفداء كان اربعة الاف درهم وبه قال
الشافعي واحمد • **وقلنا** انتسخ ذلك بقوله تعالى ما كان لنبي ان يكون له اسرى الى قوله لولا كتاب من
الله سبق لمسكم فيما اخذتم فيه عذاب عظيم • وقال عليه السلام لو نزل بنا عذاب ما نجا الا عمر لانه اشار
بقتلهم • وفي الايضاح سورة براءة اخر سورة نزلت وقد تضمنت وجوب القتل بقوله فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم فكان ناسخا • **قوله** الا اذا طابت نفسه ونفس الاسير الذي اسلم به اي بالفداء • **قوله**
ولا يجوز المن عليهم بان انعم عليهم من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي وبه قال احمد ومالك
فان عند الشافعي حكمهم احد الامور الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالاسارى او بالمال والمن وعندهما
احد الامور الثلاثة ولا يجوز المن عند ابي حنيفة يجوز احد الامرين القتل او الاسر ولا يجوز الفداء والمن للشافعي
قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء • وروي انه عليه السلام من على ابي عزة الجمحي يوم بدر • **ولنا**
قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقد بينا ان سورة براءة اخر ما نزلت فكان ناسخا لما قبله
وهذا معنى قوله وما رواه الشافعي منسوخ بما تلوناه وهو قوله تعالى فاقتلوا المشركين الاية لانه
متاخر كما ذكرنا والقسر القهر والضمير في لانه وفي فيه راجع الى الماسور وفي اسقاطه الى الحق • **قوله**
ولا يعقرها وقال مالك يجوز عقرها لا ذبحها • وقال الشافعي واحمد يتركها ولا يعقرها ولا يذبحها لقوله
عليه السلام لا تذبح شاة ولا بقرة الا للماكلة والماكلة مصدر كالاكل • **وقلنا** في الذبح غرض صحيح
وهو كسر شوكتهم وهو من اقوى المصالح اذ فيه الحاق الغيظ بهم وهو مندوب النص **قوله** بخلاف التحريق
قبل الذبح حيث لا يجوز لانه منهي عنه قال لا يعذب بالنار الا رب النار لانه اي العقر مثله ونهى النبي عليه

السلام عن المثلة ولو بالكلب العقور اما قطع الاشجار وتخريب البنيان يجوز بلا خلاف • **قوله** وما يحترق منها اي من الاسلحة كالحديد ونحوه يدفن في موضع لا يقفون عليها لانه مامور بقطع قوتهم واثبات قوة المسلمين وقد عجز عن الثاني وقدر على الاول فياتي به • **قوله** وقال الشافعي لا باس بذلك اي بالقسمة في دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين وبه قال احمد وقال مالك تعجل قسمة الاموال في دار الحرب ويوخر قسمة السبي الى دار الاسلام • **قوله** وعنده اي وعند الشافعي يثبت الملك بالاستيلا بعد ما تم الانهزام للمشركين وبه قال مالك واحمد • **قوله** عدة من المسائل منها ان احدا من الغانمين لو وطي امة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عندهم وصارت الامة ام ولد له وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين وعندهم سهمه من الغنيمة ان استوت قيمة الامة اخذ منه قيمتها يوم الحمل وان لم يف سهمه كمل من ماله • ومنها جواز البيع بان باع الامام او واحد من الغزاة شيا من الغنيمة لا يجوز عندنا خلافا لهم • ومنها الارث فاذا مات احد الغزاة في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا خلافا لهم • ومنها لو لحق المدد قبل القسمة لا يشارك عندهم وعندنا يشارك • ومنها قسمة الامام في دار الحرب لا لحاجة ولا مجتهدا لا يجوز عندنا ولهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق واسلم ارباب الاموال بعد الاخذ قبل الاحراز لا يكون لهم شي من ذلك • ولذا لا يجوز لاحد من الغزاة ان ياخذ شيا من المغنم بغير حاجة فعلم ان الحق يثبت للغزاة عندنا ذكره في التحفة • **قوله** له اي للشافعي ان سبب الملك الاستيلا على مال مباح وقد تم فان الغزاة اخذوا اموالهم وقتلوهم وهزموهم واستقر الامر عليه فيملكونها كالاحتطاب والاصطياد • ولنا الحديث المذكور في المتن والخلافيات فيه اي في البيع نهي حرم البيع حرمة القسمة لان في القسمة معنى البيع لاشتمالها على الافراز والمبادلة لا محالة ولان الخلاف ثابت في البيع ايضا • **قوله** والناقلة بان ينقله كيف شا ويتصرف فيه والثاني ان اليد الناقلة منعدمة لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر اي الظاهر وجوده اذا الدار دارهم لان الدار انما تضاف الينا واليهم باعتبار القوة والاستيلا ولما بقيت هذه البقعة منسوبة اليهم عرف ان القوة لهم • الا ترى انه يحل للامام ان يرجع الى دار الاسلام ويترك هذه البقعة في ايديهم والقوة على الاسترداد ظاهرا يمنع ثبوت يد المسلمين بخلاف ما اذا فتحت البلدة لانها صارت دار الاسلام بفتحها واجرا الاحكام فيها فكان فتح البلدة كالاحراز بدارنا اليه اشار في المبسوط وفي السير الكبير دار الحرب الارض التي يخاف فيها المسلمون من ارض العدو ودار الاسلام ما غلب عليها المسلمون وكانوا فيه امنين • وفي شرح بكر وجامع الاسبيجابي دار الحرب يصير دار الاسلام بشرط واحد وهو اظهار حكم الاسلام فيها ودار الاسلام تصير دار الحرب باظهار احكام الشرك عندهما • وعند ابي حنيفة بثلاث شرائط • احدها هذه والثانية ان لا يبقى فيها مسلم او ذمي امن بالامان الاول • والثالثة الاتصال بدار الحرب يعني ليس بينها وبين دار الحرب مصر للمسلمين • ولو غلب المرتدون على مدينة وفيها قوم من المسلمين امنون بالامان الاول وارتدت نساؤهم ثم ظهر عليها المسلمون • فالنسا والذراري في عندهما خلافا لابي حنيفة • **قوله** اذا قسمه لا عن اجتهاد لا يحكم الملك لا يثبت بلا ملك • اما اذا ادى اجتهاد الامام الى القسمة وقسمها جاز لانه قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ ويثبت الملك بالاجماع • **وقيل** مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلانها لانهم لو اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب ويتفرقون فربما يكر العدو على بعضهم فكان نهيا لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز • وقوله الافضل عندنا ان يقسم في دار الاسلام لما انه عليه السلام ما قسم الغنائم الا في دار الاسلام نفي هذا دليل على انه لا يقسم في دار الحرب لان الافعال المتفقه في الاوقات المختلفة لا تكون الا لداع اليها وليس ذلك الا كراهة القسمة

ولا يقال ان الافعال المتفقه في الاوقات المختلفة قد تكون احترازا عن البطلان لانا نقول ان الكراهة ادنى الامرين فيحمل عليه لسقه في المبسوط • **قوله** ان دليل البطلان راجح لانه محرم والمحرم راجح على المبيح الا انه اي دليل البطلان تقاعد عن سلب الجواز بالاجماع بيننا وبين الخصم فلا يتقاعد عن اثبات الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل اصلا حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة وهذا الذي ذكرنا من الكراهة عند عدم الحاجة • اما لو احتاج الغزاة الى الانتفاع بالمتاع والثياب والدواب قسمها بينهم في دار الحرب لتحقق الحاجة والردء والمقاتل سواء في قسمة الغنيمة بلا خلاف • وكذا امير الجند كواحد من الجند في القسمة بلا خلاف • **قوله** على ما مهدناه من الاصل ان سبب ملك الغانمين تمام القهر وذلك بالاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده بتمام الانهزام • **قوله** ولا حق لاهل سوق العسكر اي لا سهم ولا رضخ وبه صرح في المبسوط • قوله الا ان يقاتلوا فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول • وقال اشهب المالكي لا يستحق احد منهم شيا وان قاتل لعدم قصد الجهاد • **وقيل** ان لم يقاتلوا فله قولان **قوله** في احد قوليه يسهم لهم وفي قول يرضخ • **قوله** وما رواه اي الشافعي موقوف على عمر رضي الله عنه وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على اصل الشافعي فانه لا يرى تقليد الصحابي وتاويله ان يشهد على قصد القتال اذ الوقعة القتال وشهود القتال على قصد الجهاد • ولهذا يشهد الكفار القتال وليس لهم حق • اما اذا قاتل فقد قصد الجهاد والتجارة تبع له كالتجارة في طريق الحج لا ينتقص به ثواب حجه • **قوله** حمولة الحمولة بفتح الحا ما تحمل عليه من بعير او فرس وغيره • قوله ابتدا اجارة اي من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستانفة في حال البقا كما في مسئلة السفينة اذا مضت مدة الاجارة في وسط البحر فانه ينعقد اجارة اخرى باجر المثل من غير رضا المالك ذكره في المحيط • **قوله** لانه اي الاجبار على الاجارة دفع ضرر العام بتحميل الضرر الخاص ونظيره مسئلة السفينة في وسط البحر والدابة في وسط المفازة عند مضي الاجارة او مات صاحب الدابة او السفينة فانه تبقى الاجارة والاجارة من الغنيمة • **قوله** لا باس بان يعلف العسكر في المعزب علف الدابة اطعمها العلف واعلفها لغة • قوله وشرطها اي محمد الحاجة في المحيط ذكر محمد في السير الصغير الاباحة بالحاجة وهو جواب القياس حتى لو كان بلا حاجة يكره لانه مال مشترك فلا يباح الانتفاع للبعض بلا حاجة كما في الثياب والدواب او السلاح ولم يشترطها اي الحاجة في رواية السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة لاطلاق قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب اذ الغازي يتعذر عليه حمل الطعام والعلف الى دار الحرب مدة الذهاب والمكث والاياب والشرا منهم متعذر فلو لم يجز التناول لضاق الامر على الغزاة بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبها فلم يوجد دليل الحاجة وربما تمس الحاجة اليهما بان يموت دابته او انقطع سيفه فاعتبرنا حقيقة الحاجة فيستعمل ثم يرد الى المغنم عند الاستغنا فعلى هذه الرواية يستوي فيه الغني والفقير في حل الانتفاع • وفي السير الكبير فكما يجوز للغازي الاخذ من الطعام والعلف بقدر كفايته يجوز ان ياخذ ما يكفي عبيده ونساه وصبيانه الذين دخلوا معه • ومن دخل ليخدم الجندي باجر لا يباح له ان يتناول شيا من الغنيمة وكذا التاجر • **قوله** وعلف ظهره اي مركبه ولفظ الظهر مستعار **قوله** المراد الطعام ذكره في المغرب والدابة مثل السلاح ان يعتبر فيها حقيقة الحاجة وهذا اذا اعتبرت في الدابة الركوب • اما اذا اعتبرت فيها الاكل فهي كالطعام حتى يجوز ذبح الابل والبقر والغنم للاكل ذكره في المحيط والايضاح والطعام الى اخره تفسير لقوله ويأكلوا ما وجدوا من الطعام والمراد من الطعام المهيا للاكل ذكره في المحيط وغيرهما على ما ذكرنا من رواية المحيط لان الذبح يجوز للاكل • وفي المحيط لو اصابوا

سمسما او زبيبا او دبس سمسم او فاكهة يابسة او رطبة او سكرا او بصلا او غير ذلك من الاشياء التي تؤكل
عادة للتعيش لا باس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز تناول شيء من الادوية والطيب ودهن البنفسج ودهن
الخيري لان هذه الادهان لا تؤكل ولا يستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب
فلا ينبغي ان ينتفع منه بشيء قل او كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط ثم قال فيه وما استهلكه في
دار الحرب مما له قيمة او ليس له قيمة فذلك هدر كله • **قوله** ويوقحوا الدابة توقيح الدابة تصليب •
حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من كثرة المشي والراحط كذا في المغرب • قال شيخي العلامة صاحب
النهاية وكان صححه شيخي مولانا حافظ الدين رحمه الله بالراء من الترقيح وهو الاصلاح هكذا نقل عن •
المصنف انه قال هكذا قرانا على المشايخ وهذا اصح لانه اعم في الاصلاح وقال الشافعي واحمد في الادهان
وجهان في وجه يجوز وفي الاصح لا يجوز • وقال مالك يجوز في كل ما هو قوت كاللحم والتبن والشعير لا في غيرها
ويجوز ذبح الانعام للاكل ان احتاج وقال الشافعي لها ذبح الغنم فقط وقال معظم اصحابه يجوز في كل الحيوانات
ويرد جلدها الى المغنم كما قلنا • وعندهم لا يجوز التداوي بالادوية والسكر والفانيد ملحقا بالادوية
ولبس الثياب وركوب الدواب فلو خالف لزمه الاجرة كما لزمه الضمان بالاتلاف بعض الاعيان قال الروياني •
لساذن الامام ويحسب عليه ويجوز ان ياذن في لبسه بالاجرة مدة الحاجة ثم يرد الى المغنم ولا يجوز •
استعمال الاسلحة الا ان يضطر الى القتال كذا في شرح الوجيز **قوله** وتاويله الى اخره انما احتاج المصنف
الى هذا التاويل لما ان استعمال السلاح والدواب بسبب صيانة سلاحه ودابته لا يجوز ذكره • وقوله •
لما بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره **قوله** في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل •
الثياب والمتاع • قوله معناه في دار الحرب انما احتاج الى هذا التاويل ليقع الاحتراز به عن مستامن اسلم •
في دار الاسلام ثم ظهرنا على ظهرنا على دار الحرب كان اولاده وامواله كلها فيئا ذكره في الفوائد الظهيرية
وهما اربع مسائل • احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار احرز نفسه واولاده •
الصغار وما في يده • والثانية دخل دارنا بامان واسلم ثم ظهرنا على الدار لجميع ماله واولاده الصغار في
والثالثة اسلم في دار الحرب ثم دخل دارنا ثم ظهرنا على الدار لجميع ماله في الا اولاده الصغار • والرابعة
مسلم دخل دارهم بامان واشترى اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالجواب كالجواب في مسئلة الكتاب
وعند الائمة الثلاثة يعتبر اسلامه في حالة الحرب او في حالة محصورا فيحرز كل ماله واولاده الصغار
اما بعد تمام الانهزام ووضع الحرب اوزارها لا يعتبر • وقوله في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب وقوله
محترمة احتراز عن يد الحربي فان وديعته عند حربي لا يصير فيئا على رواية ابي سليمان وعلى رواية ابي حفص •
تصير فيئا • **قوله** وقال الشافعي يحوله وبه قال مالك واحمد لانه في يده كالمنقول • **وقلنا** اليد
على العقار تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده قبل ظهور المسلمين وبعده يد المسلمين •
على الدار اقوى من يده لان الدار في يد السلطان واهل الدار والعقار تبع للدار **قوله** خلافا للشافعي اي في الحمل
فقط وبه قال مالك واحمد لان الحمل مسلم تبعا له • **وقلنا** كل حكم يثبت في الام عتقا او رقا
بدليل يثبت للولد تحقيقا للتبعية • والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو زوج امة الغير وولدت
يكون ولده رقيقا تبعا للامه • **قوله** واولاده الكبار في ولا نعلم فيه خلافا • قوله ومن قاتل •
من عبيده فهو في خلافا للائمة الثلاثة • قوله وما كان من ماله في يد حربي الى اخره • وقال الائمة
الثلاثة كل مال له في دار الحرب كان له لاطلاق هذا الحديث كقول محمد وابي يوسف ان كان وديعة •
عند حربي لان يد المودع كيده فلو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف •
الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة ان يد المودع ههنا ليست بيد صحيحة محترمة

فانها

فانها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن منع الوديعة نصار كغصب في يده او يد مسلم او ذمي
لانه مال مباح لا يد لاحد عليه لا حقيقة ولا حكما • **فان قيل** لما قام يد الحربي مقام الذي اسلم
لانه يودعه يجعل بوصف الاصل وهو يد المسلم لا يوصف نفسه كالتراب لما قام قام الماء عمل عمل
الماء لا عمل نفسه فينبغي ان لا يعتبر عدم احترام يد الحربي • **قلنا** عصمة المال تبع لعصمة مالكه
اما بالنظر الى نفس المال ليس له عصمة لما ان الاصل في المال الاباحة قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض
الاية ثم تبعية المال للمالك في العصمة انما يثبت ان لو ثبت يد المالك المعصوم حقيقة او حكما
مع الاحترام لما ان في ثبوت يده حكما مع الاحترام لما ان في ثبوت يده حكما بدون الاحترام يعارضه
جهة الاباحة الاصلية فلم يثبت العصمة لان العصمة امر عارض فلا يثبت عند معارضة الدليلين •
ولان قيام يد المودع في الوديعة حقيقة وقيام يد المالك عليها حكمي فاعتبار الحكمي ان اوجب العصمة
واعتبار الحقيقة يمنع والعصمة لم يكن ثابتة فلا يثبت بالشك اليه اشار قاضي خان والمرغيناني •
قوله وقال محمد لا يكون فيئا وفي النهاية وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا ولكن ما هو صحيح لان قوله
قال العبد الضعيف هكذا ذكر الاختلاف في قوله قول ابي يوسف مع محمد يكون تكرارا محضا بلا فائدة
ولكن بعث وجدت الصحيح الفسخ فهو في عند ابي حنيفة بذكر ابي يوسف وقال محمد لا وقال لان رواية
السير الكبير للسرخسي والمحيط وجامع البزدوي وقاضي خان وغيرها هكذا • **قوله** والنفس لم تصر
معصومة بالاسلام ولهذا لم يجب القصاص او الدية على عاقلها في دار الحرب بالنص الا انه اي النفس •
خلقت محترمة التعرض في الاصل لانه مكلف ولا يتهيأ التقضي عن عهدة التكليف الا بحرمة التعرض •
ولان الادمي بنيان الرب فلا يجوز تعرضه وحل التعرض بعارض شر الحراب • فاذا اندفع بالاسلام عادت •
حرمة التعرض بالاتمام اما المال فخلق عرضة للابتذال فكان محلا للتملك في الاصل وحرمة التعرض
بعارض وقوعه في اليد المحترمة وتبع يد المالك وبدمن اقامها المالك مقام يده بالايداع ولم يوجد فلم
تثبت العصمة • **قوله** وليست اي المال على تاويل الاموال • قوله وعن الشافعي مثل قولنا وبه قال
مالك واحمد • وعنه اي عن الشافعي في قول اعتبارا بالمتلصص بان دخل واحد او اثنان في دار الحرب
واخذ شيئا ثم اخرجه فهو له لانه مال مباح سبقت يده فكذا هذا • **وقلنا** ما يتعلق به حق الغانمين
والاختصاص من ضرورة الحاجة وقد زالت **قوله** يصدق فوا به اي بما فضل ان كان قائما وبضمنه
اذا كانوا اغنياء قال الزرنوجي يقال رجل محوج اي محتاج وقوم محاوج • وفي المغرب المحاويج المحتاجون
عامي **قوله** لتعذر الرد لتفرقهم • **فصل** في كيفية القسمة لما بين احكام الغنائم ثم شرع في بيان
قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في محل معين • قوله استثنى اي اخرج الخمس من ان يثبت
حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى لا لفظا ويحتمل ان يكون من استثنيت الشيء اي زويته لنفسي وهو من ثني
العود اذ حناه وعطفه اي استبقى الله الخمس لنفسه بقوله فان لله خمسه • **قوله** عند ابي حنيفة وبه
قال زفر وقالا اي ابو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي ومالك واحمد والليث وابو ثور واكثر اهل العلم
لما روي ان عمر عليه السلام اسهم يوم خيبر للراجل سهم وللفارس ثلثة اسهم متفق عليه ولا خلاف ان للراجل
سهم والكفاية والعناء اي عناء الفرس الكر والصولة والحملة والفر بمعنى الفرار والفار في موضع الفرار
محمود كالكر بخلاف النبي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة • **قوله** رواياه اي روايتا
ابن عمر فان عبيد الله روى عن نافع عن ابن عمر انه عليه السلام قسم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه
وعبيد الله اوثق من اخيه عبد الله ولئن استويا تعارضا فتداخل رواية ابن عباس على ان فعله عليه
السلام تعارضا فبقي لنا قوله عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كذا ذكره في الاسرار • وما قاله

وعن ابن عباس مثله ولان الاستحقاق بالعناء بالفحم [illegible]

الخصم ان حديث ابن عمر اصح وتاويله حديث ابن عباس ان المراد اعطى للفارس سهمين لفرسه غير قوي لما
ذكرنا من رواية عبد الله ويعارض رواية ابن عمر ولو كان المراد ما قاله الخصم ينبغي ان يقول سهم له
وسهمين لفرسه لانه في بيان الاستحقاق وتاويلنا حديث ابن عمر ان صح ان تحمل الزيادة على النفل فكان الواحد
متيقنا فالاخذ به اولى من المشكوك • قوله من جنس واحد لان الفراد انما يحمد للكر لا للدابة فلا يكون الفراد
نوعا آخر بل زيادة غنا في نوعه والزيادة لا يتعلق بزيادة الغنا في نوعه اذ بعضهم لا بد ان يكون اغنى من بعض
لحذق وسلاح اغنى من غيره فكان غنا الفرس مثل غناء الراجل ولان الفرس تبع الرجل فلا يزاد سهم عليه ولانه
تعذر اعتبار مقدار الزيادة فان الفارس قد يزيد على فارس آخر في الغنا والكفاية وكذا الراجل على
الراجل آخر فلم يعتبر تلك الزيادة لتعذر الوقوف عليها لان ذلك انما تظهر عند المسابقة والمقاتلة
عند التقاء الصفين وكل منهم مشغول بشانه في ذلك الوقت فلما تعذر الوقوف ادير الحكم بزيادة الغنا
على السبب الظاهر وهو مجرد كونه فارسا وكونه راجلا اليه اشار في الاسرار • قوله ولا يسهم الا لفرس
واحد وبه قال الشافعي ومالك وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وبه قال احمد لانه عليه السلام اسهم
الزبير خمسة اسهم سهم له وسهمين لكل واحد من فرسيه ولان الواحد قد يعيى فيحتاج في القتال الى آخر ولنا
انه عليه السلام لم يسهم لصاحب الافراس يوم خيبر • قوله السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب
بفرسين مفضيا الى القتال على فرسين فلم يعتبر الفرس الآخر لامتناعه على الفرسين ويعتبر الابتداء بالانتهاء
في امر القتال لان ارهابهم انما يحصل لخوفهم عاقبة امرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لا يتصور على
فرسين اليه اشار في الاسرار • قوله وما رواه اي ابو يوسف من حديث الزبير محمول على التنفيل كما روي انه
عليه السلام اعطى لسلمة بن الاكوع سهمين وكان راجلا للتنفيل لجدّه في القتال فانه عليه السلام قال خير
رجالتنا سلمة بن الاكوع • وخير فرساننا ابو قتادة وروي ان سلمة بن الاكوع كان يعدو اعدى الفرس • قوله
والبراذين والعتاق بكسر العين البرذون واحد البراذين وهو فرس العجم • والعتاق كرام الخيل العربي والهجين •
ما يكون ابوه من البراذين وامه من العربي • وقال في المغني لابن قدامة ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة
والمقرف ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة • وفي المغني على عكس ذلك قال الاوزاعي لا يسهم للبرذون
ولا يسهم للمقرف سهم وللهجين سهم واحد • وقال احمد يسهم لما عدا العربي سهم واحد • وعن ابي يوسف روايتان
في رواية مثل قول العامة وفي رواية مثل قول احمد لما روى مكحول انه عليه السلام اعطى للعربي سهمين •
وللهجين سهما • وعن ابي موسى الاشعري انه كتب عمر رضي الله عنه اليه ان من البراذين ما قارب العتاق فاجعل
له سهما واحدا • وفي المبسوط وغيره انما ذكر محمد هذا لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا
فيه حديثا شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب • قوله والبعير عطفا بفتح العين وكسرها ومعنى الفتح الامامة
وبالكسر الجانب ولا يسهم لراحلة ولا بغل باتفاق العلماء لان الارهاب لا يحصل بهما اذ لا يقاتل عليهما ومن غزا
على بعير لا يسهم له ولبعيره عند اكثر اهل العلم وهو رواية عن احمد واختار ابو الخطاب عن احمد يسهم للبعير سهم
فرس لظاهر قوله تعالى فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب • وعنه انه ان عجز عن الفرس وغزا عليه يسهم
له سهم واحد كالبرذون والصحيح قول العامة لانه عليه السلام ما اسهم لغير الخيل وقد كان معه يوم بدر
سبعون بعيرا ولم تخل غزوة من غزواته عليه السلام عن ابل وكذا من بعده من خلفائه ولانه لا يتمكن صاحبه
من الكر والفر فكان كالبغل • قوله في الفصل الثاني وهو ما اذا دخل راجلا واشترى فرسا وقاتل عليه
حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب • والدرب لغة الباب الواسع
على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها ذكره في المغرب والمراد الموضع الفاصل بين الدارين
وعنده اي عند الشافعي حالة انقضاء الحرب وهو رواية عنه والظاهر المشهور عنه شهود الوقعة وبه قال

مالك واحمد • قوله كالخروج اي الخروج من البيت للقتال وسيلة الى السبب كالمجاوزة ثم عند
الخروج لا يعتبر حال الغازي فكذا في هذه الوسيلة وهي المجاوزة • قوله وتعليق الاحكام بالقتال الى
آخره هذا جواب عن قولنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر فقال ولو كان متعسرا لما تعلقت الاحكام
لوجود القتال حالة شهود الوقعة وقد تعلقت فان الصبي اذا قاتل يرضخ والا لا وكذا العبد والمراة
والذمي والتاجر فعلم ان القتال في تلك الحالة مما يمكن الوقوف عليه • قوله ولو تعذر اي الوقوف
عليه او تعسر يعني لو كان الوقوف على القتال في هذه الحالة متعذرا او متعسرا تعلق حكم كونه فارسا
او راجلا بحاله وهي اقرب الى القتال اولى لا بمجاوزة الدرب لان المجاوزة قد تكون لغير القتال • ولنا
ان المجاوزة نفسها قتال وهذا لان القتال اسم لفعل يقع به غيظ العدو وارهابهم ودخول دارهم
بالشوكة والقوة سبب لارهابهم وغيظهم • قال تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم
وقال تعالى ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار فسمي اي المجاوزة قتالا فمتى وجد اصل القتال فارسا لم تتغير
حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان المنظور اصل القتال لا دوامه لانه لا يمكن تعلق الحكم بدوامه •
لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من النزول في بعض المضايق خصوصا في المشجر
او في الغيضة او في الحصن او في البحر كذا في مبسوط فخر الاسلام وهو معنى قوله ولا معتبر بها اي بحالة
الدوام بالاجماع ولانه ينشر الخبر في دارهم انه دخل كذا وكذا فارسا فيعتبر حال الشخص عندهما ولان
الوقوف على حقيقة القتال متعسر لانه يشق على الامام اعتبار احوالهم عند القتال وعند شهود الوقعة
لانه حال التقاء الصفين واشتغال كل بنفسه فاقمنا السبب الظاهر الذي تيسر الوقوف
عليها مقام حقيقة القتال لان الامام يمكنه ولا يتعسر عليه ان يكتب اساميهم يعني الفرسان والرجالة
عند المجاوزة بعد الفراغ اي الفراغ من القتال ثم يسقط سهم الفرسان بالاجماع • وفي المحيط لو جاوز
الدرب بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره او لصغره او لكونه مهزولا لا يستحق سهم الفرسان قال وان كان
مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوزها على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك
وشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية يستحق سهم الرجالة • وفي رواية سهم الفرسان • وقال
الشافعي ومالك واحمد لو شهد الوقعة بفرس لا يستطيع عليه القتال لا يسهم لفرسه ولو كان اعجف عند مالك
واحمد لا يسهم له وبه قال الشافعي في قول وقال في قول يسهم له كالمريض • قوله ولكن يرضخ لهم وبه
قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم • وعن احمد في رواية يرضخ الكافر ان قاتل باذن الامام وبغير اذن
الامام لما روي انه عليه السلام استعان بناس من اليهود فاعطى لهم سهما • وروي ان صفوان بن امية
خرج مع النبي عليه السلام مع شركه يوم حنين فاسهم له من سهم المؤلفة • ولنا ان الكافر ليس من
اهل الجهاد فلا يستحق السهم وما رواه رضخ لما روي انه عليه السلام لم يعطهم شيئا من الغنيمة ولو كان
سهما ينبغي ان يعطيهم من الغنيمة فعلم انه عليه السلام رضخ لهم وقال مالك لا يسهم الصبي الا هو اذا اطاق
القتال لانه من اهل الجهاد • والرضخ من اين يكون قال الشافعي في قول كاحمد في رواية من الغنيمة وبه
قال اصحابنا • وقال في قول من خمس الخمس وقال مالك الرضخ من الخمس وهل يستعان بالكافر في القتال
عند الحاجة فعندنا واحمد يستعان لما روي من استعانته لا يستعان الكافر لما روي انه عليه السلام
قال انا لا نستعين بالمشركين على المشركين وما ذكر انه استعان بهم غير ثابت • ولنا بل ثابت
ذكره الثقات المشهورون وما رواه غير مشهور • ولئن ثبت فهو محمول على زجر قوم معين يريد اسلامهم
قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال وهو الامان فانما يصح بلا خلاف • قوله ولا يبلغ به
اي يرضخ الكافر سهم المؤمن ولا نعلم فيه خلافا • وقوله اسهم بالرفع لانه مفعول بلا واسطة حرف

فيه لانها عاجزة
عن شبهة القادم

وهو يقام مقام الفاعل **قوله** والاولى اى الدلالة يستمر عمله اى عمل الجهاد ولما كان كذلك كانت الدلالة عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ **قوله** يدخل فقراء ذوى القربى فيهم اى فى هذه الاصناف الثلاثة قال العلامة بدر الكردرى معنى هذا القول اى ايتام ذوى القربى ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وابناء السبيل يدخلون فى سهم ابن السبيل لكن بسبب الاستحقاق فى هذه الاصناف الثلاثة مصارف الخمس عندنا الا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما فى الصدقات **قوله** وقال الشافعى لهم خمس الخمس اى لذوى القربى خمس الخمس فان عند الشافعى يقسم الخمس على خمسة اسهم للنبى عليه السلام فى حياته وبعد مماته يصرفه الامام الى مصالح الدين على ما يرى وبه قال احمد وعن الشافعى انه يرد سهم النبى بعده على سائر الاصناف وحكى ابن المنذر قولا ثالثا انه يكون للائمة بعده اى الخليفة وقال مالك تفرقة الخمس الى الامام يفرقه فيما يشاء وسهم اليتامى لكل صغير فقير لا اب له ومن اصحاب الشافعى لليتيم الغنى فيه حق ومذهبنا الا حق للغنى منهم وسهم لذى القربى يستوى يستوى فيه غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال المزنى والثورى يستوى فيه الذكر والانثى ويدفع الى القاصى والدانى لاطلاق النص ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب فقط والثانى للفرق الثلاث لانه عليه السلام قسم الخمس على خمسة اسهم ولا نسخ بعده فكان سهمه لنائبه بعده وذوى القربى بالقرابة يستحق لان الحكم اذا علق بامر مشتق كان ماخذ الاشتقاق علته بثبوته كما فى الزانى والسارق فيستوى فيه غنيهم وفقيرهم كالارث ولا يلزم عليه اليتيم فان الاية فى حقه مطلقة قال واليتامى مع ان الفقر شرط فيه عند احمد وعندنا ايضا لانا نقول اسم اليتيم ينبئ على الحاجة ولهذا لو اوصى لايتام فلان وهم لا يحصون دخل فقراؤهم اما ذووا القربى فانه عليه السلام اعطى العباس وله عشرون عبدا يتجرون فى عشرين الفا ولنا ما روى عن ابن عباس ان الخلفاء الراشدين كانوا يقسمونه على ثلثة اسهم كما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع علم ان قسمة النبى عليه السلام ما كان بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله يوئيده ما قال عليه السلام سهم ذوى القربى لهم فى حال حياتى لا بعد مماتى **قوله** عوض عما يستحق المعوض وبنوا الصدقه لولا القرابة واستحقاقهم للصدقة لولا القرابة بالفقر فكذا السهم **فان قيل** العمل بهذا الحديث خلاف مذهبكم لانهم قلتم بسقوط سهم ذوى القربى وجعلتم الخمس على ثلثة اسهم **قلنا** فى الحديث دليلان احدهما اثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انعدام الحكم الثانى وهو فعل الخلفاء الراشدين على ثلثة اسهم كما ذكرنا ولم يقم دليل على تغير العوض عمن فات فى حقه المعوض فقلنا ونظيره ما عمل الشافعى فى تكرار صلوة الجنازة بحديث صلاته عليه السلام على حمزة سبعين صلوة ومع انه لا يقول بالصلوة على الشهيد ويقول للحديث دلالتان احدهما باقيه وانتسخ الاخرى **قوله** الاترى انه قال لن يزالوا معى الحديث روى انه عليه السلام قسم غنائم خيبر فاعطى بنى هاشم وبنى المطلب ولم يعط بنى نوفل وبنى عبد شمس وبنى امية فقال عثمان وجبير بن مطعم وعثمان من بنى عبد شمس وجبير من بنى نوفل لا ننكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنى المطلب فى القرب اليك سواء بل بنوا امية اقرب الى رسول الله لان امية اخو هاشم لابيه وامه والمطلب اخوه لابيه فما بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال عليه السلام انهم لن يزالوا الحديث والشبك الخلط والتداخل ومنه تشبيك الاصابع كذا فى الصحاح فعلم ان المراد قرب النصرة لا قرب القرابة وبهذا جواب عن قول الشافعى ان ماخذ الاشتقاق الى اخره **فان قيل** لو كان المراد قرب النصرة ينبغى ان لا تستحق النساء والذرارى لانهم لم يستوا اهل النصرة **قلنا** المراد نصرة الاجتماع فى الشعب للموانسة فى حال هجرة الناس لا القتال ومثل هذا يكون للنساء

والولدان على انهم تبع للرجال والنصرة قد فات بفوته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لانتهاء العلة وهى النصرة لا للانتساخ وانتهاء الحكم بانتهاء علته لا يكون نسخا كما فى المؤلفة القلوب **قوله** ولهذا كان يستحقه برسالته لا بالقيام بامور امته ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا السهم لانفسهم ولا ذوى بعده وقد كانت له خصوصيات بشرف الرسالة لم تكن للامة كحل التسعة وحرمة نسائه على المؤمنين واباحة البضع بلا مال والعصمة عن الكذب والصفى شئ اى شئ نفيس **قوله** والحجة عليه اى على الشافعى ما قدمناه وهو ان الخلفاء قسموه على ثلثة اسهم **قوله** وبعده اى بعد النبى عليه السلام بالفقر لان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم وجه الاول اى قول الكرخى **وقيل** هو الاصح انما قال قيل هو الاصح ولم يقل وهو الاصح لان بعض مشايخنا اختار قول الطحاوى وفى المبسوط قال ابو بكر الرازى سهمهم ما كان بالقرابة بل بصرف اليهم رسول الله مجازاة على النصرة التى كانت منهم ولم يبق ذلك المعنى بعده عليه السلام قال والاعتماد على هذا ومن مشايخنا من قال الاستحقاق منهم دون الاغنياء لقوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم فبين مصارف الخمس ثم بين المعنى فيه وهو ان لا يكون شئ منه دولة بين الاغنياء يتداولونه ايديهم واسم ذوى القربى عام فيخصه على الفقراء بهذا الدليل وانما حملنا على هذا الاجماع الخلفاء على القسمة على ثلثة اسهم ولا يظن بهم انه خفى عليهم هذا والشافعى يقول لا اجماع ويسند الحديث ذكر عن ابى جعفر بن محمد بن على قال كان راى على فى الخمس راى اهل بيته ولكنه كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضى الله عنهما قال ولا اجماع بدون اهل البيت **وقلنا** فى الحديث بيان من كان يرى ذلك من اهل البيت وقد كان فيهم من لا يكون قوله حجة وانما كره على رضى الله عنه من المخالفة لانه راى الحجة معهما فانه قد خالفهما فى كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وهذا لانه كان مجتهدا ولا يحل للمجتهد ان يدع راى نفسه براى مجتهد اخر احترامًا له **قوله** فيدخلون فى الاصناف الثلاثة اى ايتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ومساكينهم يدخلون فى سهم المساكين وابن السبيل ولو كانت فيه شبهة الصدقة لصيانة قرابته فى حياته عنه ولما حل لهم اصلا بل هو مال الله لان الجهاد حقه فصار المضاف به له فلم يكن حقا لزمناه اداؤه طاعة له ليصير وسخا وقد بيناه فى اول المسئلة من قول بدر الائمة الكردرى وصاحب التحفة وفى التيسير هؤلاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا يحل للغنى **فان قيل** اذا لا فائدة حينئذ فى ذكر اليتيم فى القران حيث دخل فى المساكين **قيل** فى جوابه انما ذكر اليتيم لدفع وهم من يتوهم ان اليتيم لا يستحق الخمس لان الخمس من الغنيمة والغنيمة بالجهاد تحصل واليتيم ليس باهل للجهاد فازال ذلك الوهم بتخصيص ذكر اليتيم كما ذكر فى التاويلات للشيخ ابى منصور فى جواب سوال وهو ان يقال لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة فى ذكرهم فى القران فاجاب وقال انما ذكرهم لان افهام بعض الناس قد خصه الى ان الفقير منهم لا يستحق لما انه من قبيل الصدقة وقد قال عليه السلام لا تحل الصدقة لمحمد ولا له فازال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر **قوله** معتبر بلفظ الجمع نظرا الى قوله اجدروا فكان هذا نظير قوله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما يرد الضمير الى المعطوف والمعطوف عليه جميعا فى كلمة او وان كانت للاحد الشيئين وفى المنية والثلاثة فى حكم الاثنين وفى الاربعة يخمس ويوضع فى بيت المال وفى المحيط عن ابى يوسف انه قدر الجماعة التى لا منعة لها بتسعة نفر والتى لها منعة بعشرة وقال الشافعى ومالك واكثر اهل العلم يخمس لانه مال حربى اخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس لاطلاق الاية وبالقياس على ما لو دخلوا باذن الامام ولنا والحمد فى رواية ان الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والمتلصص لا ياخذ الا حيلة فكان هذا الاكتساب مباح كالاحتطاب والاصطياد والخمس الغنيمة بالنص يقال خذله خذلا اى ترك عونه ونصرته ومن حق نصره **فصل** فى التنفيل التنفيل نوع من قسمة الغنيمة فلذلك الحقه بها يقال نفل الامام الغازى

اي اعطاه زايدا على سهمه بقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه • **قوله** ولا باس وفي المبسوط ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة فعلم من هذا ما قالوا ان لفظ لا باس يستعمل فيما تركه اولى ليس بجاري على عمومه ولهذا قال في الكتاب التحريض مندوب اليه • **فان قيل** قوله تعالى حرض امر ومطلقه منصرف الى الوجوب • **قلنا** في التنفيل ترجيح بعض الغزاة مع توحش البعض فتوحش المسلم حرام خصوصا في مثل هذا الوقت • ولان التحريض قد يكون بالتنفيل وقد يكون بذكر ثواب الاجر فلو كان مطلق التحريض واجبا للزم ان يكون المعين منه واجبا كذا قيل ثم التنفيل يجوز بالسلب وغيره من الاموال بان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او ما اصبتم فلكم ربعه او خمسه اي بعد الخمس • اما لو قال للعسكر كل ما اصبتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض • وذا يحصل اذا خص البعض اما اذا عمهم فلا يحصل ذلك وفيه ابطال السهمان التي اوجبها النبي عليه السلام وابطال تفضيل الفارس على الراجل وكذا لو قال ما اصبتم لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص في الغنيمة هكذا ذكر في السير الكبير ثم التنفيل عندنا في اربعة الاخماس وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك التنفيل لا يصح من الخمس لانه مفوض الى راي الامام وما بقي للغانمين • **وقلنا** حقهم فيها بعد الاصابة لا قبلها وهو في الحال ما لكفرة • السرية جيش قليل يسرون وقد مر تفسير الجيش والسرية • **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس • **فان قيل** في الخمس حق اصناف الثلاثة كما ذكرنا • **قلنا** انما جاز هذا باعتبار ان المنفل له جعل واحد من الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يجوز كما بينا من رواية المبسوط والتحفة ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي ان يضع ذلك في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا حق للاغنيا فجعله للغني ابطال حقهم واليه اشار ابن المسيب فقال لا نفل بعد الاحراز الا ما كان للنبي عليه السلام • **قوله** في ذلك اي في ذلك السلب سواء وبه قال مالك • وقال الشافعي واحمد السلب للقاتل اذا قتله مقبلا لا مدبرا اذا كان من اهل ان يسهم له او يرضخ عند احمد • وعند الشافعي من يكون له الرضخ فله في سلبه قولان في قول كقول احمد • وفي قول لا سلب له لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وظاهره نصب الشرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اظهر فضل عنائه على غيره فيستحق التفضيل بما ملك ما على القتيل كالفارس مع الراجل بخلاف ما لو قتله مدبرا او رمى من صف المسلمين فقتل مشركا لانه ليس فيه زيادة العنا اذ كل احد يتجاسر عليه ولنا اطلاق قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية • وما رواه اي الشافعي محمول على التنفيل منه عليه السلام • بل ليل ما روينا وهو حديث حبيب وقال عبيدة بن الجراح سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول ليس للقاتل من السلب الا ما طابت به نفس امامه ولهذا قال ذلك عند التحريض على القتال يوم بدر كما قال من اخذ اسيرا فهو له فعلم انه قال ذلك على وجه التنفيل ولو قاله في المدينة في مسجد يدل على نصب الشرع • ولانه انما تمكن من قتله واخذه وطلبه بقوة الجيش فلا يختص به كما لو اخذ اسيرا او مالا اخر وكما اظهر فضل العنا في القتل اظهره في اخذ الاسير فلا يختص به وفي الحمل على التنفيل جمع بين الحديثين وفي الحمل على نصب الشرع يلزم التناقض • **قوله** كما ذكرنا اشارة الى قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة الى قوله ولان الكر والفر جنس واحد في فصل كيفية القسمة اي كم من فارس يترجح عناه على فرسان كثيرة وكم من راجل قد عناه على رجاله كثيرة فلا يعتبر ذلك في زيادة استحقاق السهم لما ان تلك الزيادة في جنس واحد • **قوله** ومركبه بالرفع عطفا على ما قال الشافعي السلب ما كان عليه من ثياب الحرب كالثياب التي يقاتل فيها والسلاح الذي يقاتل به والمركوب الذي يقاتل عليه • فاما ما في يده لا يقاتل عليه كالطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته ففيه قولان احدهما انه ليس من السلب

والثاني انه من السلب وهو قولنا • وعن احمد في مركبه روايتان **ولنا** حديث البرا انه بارز مرزبانا فقتله فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين الفا فدفعه عمر رضي الله عنه اليه وكذا في حديث معدي كرب وكذا في حديث بشر بن علقمة انه اخذ فرسه • وقوله لما مر من قبل اشارة لما ذكرناه في باب الغنائم ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة الناقلة الى اخره • وقوله محمد له ان يطاها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام كمشتري الجارية في دار الحرب او بعد قسمة الامام الغنائم في دار الحرب فاصابها جارية يحل وطيها بعد استبرائها بالاجماع لاختصاص ملكه فكذا ههنا ولهما ان سبب الملك في المنفل هو القهر ولا يتم الا بالاحراز بالدار كما في القسمة في حق الجيش لانه قبل الاحراز مقهور يدا لا قهرا يدا فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام القهر بل اثره في قطع شركة الجيش فاما سبب الملك للمنفل له ما هو السبب لولا التنفيل وهو القهر باليد والدار فاشبه اللص في دار الحرب بخلاف المشتراه فسبب الملك العقد والقبض وقد تم • فاما الجارية المصابة بالقسمة بعد الاستبرا فقيل على هذا الخلاف • **وقيل** لما نفذت قسمة الامام لانه مجتهد فيه تم ملك من وقعت في سهمه فينبغي ان يحل وطيها بالاتفاق كالمشتراه والاول اظهر كذا في المبسوط • **قوله** بالاتلاف بان اتلفها بعد التنفيل رجل وقد قيل على هذا الاختلاف فعند محمد يضمن وعندهما لا وفي نسخة وقد قيل بالواو •

باب استيلاء الكفار

لما ذكر احكام استيلائنا عليهم ذكر بعده احكام استيلاء الكفار علينا لان في القتال معهم قد تكون الغلبة لهم فقوله استيلاء الكفار من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل فلما شرع في بيان استيلائهم بدا باستيلاء بعضهم بعضا فقال اذا غلب الترك وهو جمع التركي والروم جمع الرومي فالمراد كفار الترك ونصارى الروم **قوله** واذا غلبوا الكفار على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وبه قال مالك واحمد الا عند مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء دون الاحراز ولاحمد روايتان في رواية مع مالك وفي رواية معنا • وقال الشافعي لا يملكونها لان استيلاءهم محظور ابتداء اي عند الاخذ في دار الاسلام • وانتهاء اي عند الاحراز بدارهم لبقاء عصمة المال اذ سبب عصمته الاسلام صاحبه بقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم وهو باق فيبقى الحظر ضرورة والمحظور لا يصلح سببا للملك كما تبين في الاصول وصار هذا كاستيلاء المسلم على مال مسلم واستيلائهم على رقابنا والكفار مخاطبون بالحرمات بالاجماع كالزنا والربا فتثبت حرمة هذا القول في حقهم ولهذا يثبت حق الاسترداد للمالك وتقييده بقاعدة الخصم انما يصح في المحظور من وجه دون وجه كما في البيع الفاسد اما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق وكما في استيلاء المسلم على مال المسلم يؤيده ما روي عن عمران بن الحصين ان المشركين اغاروا على سرح المدينة وذهبوا بالعضباء واسروا امراة الراعي فانفلتت ذات ليلة فاتت بالعضباء فقعدت في عجزها ونذرت ان نجاها الله عليها لتنحرنها فلما قدمت المدينة ذكروا ذلك لرسول الله فقال بئسما جزيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن ادم واحد منا فيه • ولنا قوله تعالى للفقراء المهاجرين الاية فالله تعالى سماهم فقراء والفقير من لا ملك له فلو لم تملك الكفار اموالهم لما سموا فقراء كما تبين في الاصول • وقال عليه السلام من اسلم على مال فهو له وانه اسلم على هذا المال ولان الاستيلاء التام وهو القدرة على المحل حالا ومالا ورد على مال مباح الى ما ذكر في المتن واما كونه مباحا اذ المال في الاصل خلق مباحا لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض الاية وانما تثبت عصمته بعارض الاحراز بدارنا وقد زالت العصمة بزوال سببها وهو الاحراز بالدار فاذا احرزوها بدارهم تزول عصمته فلا يكون اخذهم ذلك المال عدوانا كذا في الاسرار فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب ولهذا لا يملكون رقابنا • واما العصمة بالدين من حيث مراعاة حق الشرع والاثم

وذا الاعصوفي حق المنكرين وانما تكون العصمة في حقهم بالدار التي تدفع قهرهم حسما ولهذا لم يضمنوا
اموالنا بالاتلاف واثر العصمة في ايجاب الضمان اظهر منه في دفع الملك • **فان قيل** قال الله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فكيف يملكون اموالنا بالاستيلاء والتملك بالقهر من اقوى جهات
السبيل **قلنا** النص يتناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء بل يملكون مالا مباحا وحق الاسترداد
للمالك القديم لا يدل على قيام الملك كما في الواهب يرجع في هبته ويعيد الى قديم ملكه وكذا الشفيع
ياخذ بالشفعة من المشتري مع ان الملك للمشتري الا ان له اعادة الملك قبل القسمة نظرا له اذ هو
مع الغزاة على السواء في هذا العين وبعد القسمة ياخذ بالقيمة نظرا له وللغازي كذا في الاسرار
والايضاح • وفي الكافي في قوله في الهداية لان العصمة تثبت على منافاة الدليل الى قوله فاذا زالت
الملكية عاد مباحا مشكل • فاذا غلبنا على اموال اهل البغي واحرزناها بدارنا لم نملكها مع زوال
الملكية الا ان يقال اراد به زوال الملكية بالاحراز بدار الحرب وثم اصل الدار واحد وفي حكم الديانة
مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفة
والمتعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة في حقهم • وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا الى قوله
فما ظنك بالملك العاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم او لا فان زالت
لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر انه على مال مباح وان لم تزل لم يتصور ملكا لهم كما في مسئلة البغاة الا
ان يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار • واما حديث الناقة
فقبل الاحراز ولكن يتجه على مالك فانه يزول الملك بمجرد الاستيلاء الا ان يقول لما زال يد الكافر
ودخلت المراة دار الاسلام عاد ملك مالك القديم فلا يجب الوفاء بنذره • **قوله** حالا ومالا يعني
ما داموا في دارنا لا يتحقق استيلاؤهم من كل وجه حيث لم يوجد استيلاؤهم مالا لما ان الظاهر ان المسلمين
يغلبون عليهم وياخذون الاموال • فاما اذا احرزوها بدار الحرب فلا يغلبهم لانقطاع الولاية فلا يوجد
منهم الاموال فيقدرون على الاموال حالا ومالا • وقوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم انه محظور
قلنا نعم هو محظور الا انه محظور لغيره ومباح في نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح كما ذكرنا والمحظور
لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء وكالصلاة في الارض المغصوبة يصلح سببا لاقامة
المصالح لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الاخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا اولى كذا في الطريقة
العلائية • **قوله** فان ظهر عليها اي على الاموال التي اخذها الكفار منا لقوله عليه السلام روي عن ابن
عباس ان المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال
ان وجدته قبل القسمة الحديث • وعند الشافعي لو وجدته بعد القسمة ياخذه بغير شيء ايضا ولكن الامام
يعوض من وقع في سهمه من بيت المال وان لم يكن في بيت المال اعاد القسمة • **قوله** ولو اشتراه بعرض
اي بشيء قيمي له اخذه بقيمته ولو اشتراه المسلم بالخمر والخنزير اخذه بقيمة العبد لانه ياخذه بطيبة نفس
من الحربي لا بالبيع لا يصح فصار كالهبة • **قوله** فلا يزال الا بالقيمة كما في المغنوم • **فان قيل** هنا
ثبت الملك له بغير عوض بخلاف المغنوم فانه تعين حقه فيه بازاء ما انقطع من حقه في ايدي الباقين
على ما ذكرنا • **قلنا** ههنا ايضا ثبت له الملك بالعوض يعني لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن
مشروطة لجعل ذلك المعنى معتبرا في اثبات حقه في حقه اليه اشار في المبسوط • **قوله** ولو كان معنويا
وهو مثلي اي ما اخذ الكفار من المسلمين مثلي مثل الدراهم والدنانير والحنطة والشعير ثم وقع ذلك المثلي
في الغنيمة فالمالك القديم اخذه قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة لا ياخذه لانه لا فائدة في الاخذ كما ذكرنا
في الكتاب لما قلنا وهو ان اخذه لا يفيد • **قوله** بمثله قدرا ووصفا قيد به لانه لو كان اقل او ازيد له

له الاخذ

له الاخذ بمثله • **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا • وقوله لان الملك فيه صحيح
احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف فيه مضمونة على ما ذكر في الكتاب • **قوله** لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن وفي النهاية وفيه نظر • وقال شيخي العلامة وهو مشكل وهكذا ذكر في الكافي لان
الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول • فاما اذا صار مقصودا فله حظ
من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين بخلاف ما اذا
اعورت ذكره في الفوائد الظهيرية وكما في مسئلة الشفعة المذكورة في الكتاب وههنا صارت
مقصودة بالتناول فينبغي ان يكون للمالك القديم حظ ما يخص العين من الثمن اجيب عنه بان الوصف انما
يقابله شيء من الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد او في موضع الشبهة كما
في المسائل المذكورة فان الملك في المشتري بالنسبة الى الشفيع كالفاسد • وفي مسئلة المرابحة الشبهة
ملحقة بالحقيقة لابتناء المرابحة على الامانة دون الخيانة وهنا لان الوصف مضمون في الغصب مراعاة
لحق المالك وكذا في الشراء الفاسد • اما في الشراء الصحيح الثمن يقابل العين لا الوصف اذ الوصف تابع
ولهذا لو ظهر للمبيع وصف مرغوب فيه لم يكن للبائع ان يطالب بمقابلته شيئا وفي
المبسوط انما لا يحط عن المولى القديم شيء من الثمن لانه بالاخذ يعيده الى قديم ملكه لبقاء حقه في العين لا ان
يملكه ابتداء كما في الرجوع في الهبة وما اعطى المشتري الى العدو فداء ليس بدلا في حق المولى بعد
عبده من الجناية ليبقى على ملكه لا ان يملكه بالفداء • واذا كان فداء لا يقابله شيء من الاوصاف كما في فداء
العبد الجاني • **فان قيل** شراء التاجر منا بمنزلة الشراء الفاسد من حيث وجوب الرد • **قلنا** الحاق
مسئلة الشفعة بالشراء اولى من شراء التاجر من العدو • ومن حيث ان شراء المشتري بدون رضا الشفيع
مكروه وشراء التاجر بدون رضا المالك غير مكروه • ثم اعلم ان قوله بخلاف الشفعة انما يستقيم فيما
اذا كان فوات الاوصاف في الشفعة بفعل قصدي فحينئذ يقابلها شيء من الثمن في الشفعة بخلاف مسئلتنا
اما اذا كان فواتها بافة سماوية في الشفعة بان جف شجر البستان فلا يقابلها شيء من الثمن فحينئذ لا يخالف
مسئلة الشفعة لمسئلتنا • وفي الكافي وولاية الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو
ثبت بخلاف القياس بقوله عليه السلام في هذا المأسور منه ان شاء اخذه بالثمن وان شاء ترك والثمن اسم
للكل فلا يحط عنه • **قوله** وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني • **فان قيل** في ثبوت حق الاخذ
للمشتري الاول الحاق الضرر بالمالك القديم لانه حينئذ ياخذه بالثمنين • **قلنا** رعاية حق المشتري
الاول اولى لان حقه يعود في الالف التي تقدمها بلا عوض يقابلها • وللمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض
يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى كذا في الفوائد الظهيرية • **قوله** المأسور منه الثاني وهو المشتري
ليس للاول اي للمالك الاول فان راي المشتري الاول اخذه لا ياخذه المالك القديم لان حق الاخذ انما ثبت له
في ضمن عود ملك المشتري الاول فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما في ضمنه ولو كان المشتري الاول وهبه
لاخر اخذه مولاه بقيمته ولا ينقض الهبة كما لو وهبه الكافر لمسلم • **قوله** وكذا من سواه اي من سوى الحر
من ام الولد والمدبر والمكاتب فللمالك ان ياخذهم قبل القسمة وبعد القسمة بغير شيء • وقال احمد ومالك
يملكون المدبر والمكاتب بالاستيلاء حتى ياخذهما سيدهما بالقيمة وقال مالك يفديهما الامام فان لم يفعل
ياخذهما سيدهما بالقيمة ولا يدعهما يستحل فرجها من لا يحل له بخلاف رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم
ومكاتبيهم وامهات اولادهم • **قوله** جزاء جنايتهم فانهم لما انكروا وحدانية الله تعالى جزاهم بان جعلهم
عبيد عبيده ولا جناية من هؤلاء اي احرارنا ومدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا • **قوله** اذا ابق عبد
لمسلم هذا [illegible] تعالى فانه اذا كان العبد للذمي فالحكم كذلك ذكره ابو اليسر في عامة الفقهاء لم يملكوه عند

الشبهة

حنيفة وبه قال احمد في رواية والشافعي وقالا ومالك واحمد في المشهور منه يملكونه لان الاستيلاء ورد
على محل قابل للتمليك فيثبت الملك به كما لو ندت اليهم دابة واخذوها وكالمتردد في دارنا اذا احرزوه
بدارهم وكان يقهم الينا وهذا لان العصمة لحق المالك لوجود يده عليه وقد زالت يده عنه حقيقة وحكما
فتزول عصمته • **قوله** وله اي لابي حنيفة ان سبب الملك الاستيلا ولم يوجد فلا يثبت الملك وهذا لان
للعبد يدا على نفسه لانه ادمي مكلف ونعني بها القدرة على الحفظ والتصرف ولهذا لو قبض ما وهب له تتم
الهبة واذا اشترى نفسه من مولاه لرجل لم يملك حبسه بالثمن الا انه سقط اعتبار يده على نفسه لظهور يد
سيده عليه ليتمكن السيد من الانتفاع به فاذا زالت يد سيده عنه بانفصاله عن دارنا ظهرت يده على
نفسه ودفعت يده ثبوت يد الكفر عليه فلا يتحقق الاستيلا فلا يثبت كما لو استولوا على مكاتبنا **فان
قيل** يد سيده زالت الى خلف فيمنع ظهور يده على نفسه • **قلنا** ثبوت يده على نفسه سابق على يد
الكفرة فامتنع ثبوت يدهم عليه وهنا لان تباين الدارين حقا لا يكون في يد احد فلا يأمن فيه المسلمون ولا
اهل الحرب فاذا بلغ ذلك الحد زالت يد سيده حقيقة وحكما ولم تخلفه يد اهل الحرب لان هذه البقعة
ليست من جملة دار الحرب فصار في يد نفسه قبل وصوله الى دار الحرب لان يد اهل الحرب انما تثبت عليه
حسا لا حكما لانها ليست بدار الاحكام فيما لم ياخذوه لا تثبت يدهم عليه وقد صار قبله في يد نفسه فلا
يملكونه بالاخذ بعده بخلاف الدابة لانه لا يد لها على نفسها اذ هي ليست من اهلها فتثبت يد الكفر عليها
وبخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد سيده ما زالت عنه حكما فيمتنع ثبوت يده على نفسه ولهذا لو
وهبه لابنه الصغير صار قابضا له لبقاء يده حكما وهذا الخلاف في عبد مسلم ابق • اما لو ارتد العبد
فدخل دارهم فاخذوه تملكه الكفار بالاتفاق • ولو كان العبد كافرا فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد الذي
اذا ابق فولان ذكر في طريقة مجد الائمة • **قوله** يؤدي عوضه اي يؤدي الامام عوض العبد فيما اذا وقع
في سهم رجل من بيت المال لانه معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل شيء يتعذر قسمته
كان لو يوضع في بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم بازاء الغنم • ولهذا لو كان
الماسور مكاتبا او مدبرا او ام ولد او حرا ووقع في سهم رجل يعطي الامام قيمته من بيت المال بعد القسمة
لان ذلك من نوائب المسلمين • اما لو كان موهوبا او مشترى لا يغرم سيده شيئا لان المشتري قد ملكه
بغير عوض حتى امرع بعد انه يرجع عليه بما ادى • وعندهما ياخذه بالثمن في المشترى وبالقيمة في الهبة
كما في الماسور • **قوله** وليس له اي للغازي او للتاجر جعل الابق لانه اي الغازي او التاجر عامل لنفسه اذ في
زعمه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه على قصد الرد على المالك • قوله وهذا عند ابي حنيفة لما ان عنده ثبت
الملك للغازي او التاجر عامل لنفسه اذ في زعمه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه على قصد الرد على المالك
في المال دون العبد • **فان قيل** ينبغي ان ياخذ المتاع بغير شيء عنده لانه لما ظهر اليد للعبد على نفسه
ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن ذلك قبل استيلاء الكفار كما بينا في العبد • **قيل في جوابه**
ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة
في حق نفسه لا في المال وفيه نوع تامل لان استيلاء العبد على المال حقيقة وجد وهو مباح فينبغي ان
يمنع استيلاء الكفار كما في الصيد • **قوله** وقالا لا يعتق وبه قال مالك واحمد والشافعي في وجه
لا يصح بيع العبد المسلم من الكافر • وعنه في قول يصح بيعه من الكافر • **قوله** مستحقه اي واجبة
بطريق معين وهو البيع وقد انتهى ذلك بالرجوع الى دارهم لعجز الامام فيبقى في يده عبدا وهذا لان الاحراز
بدار الحرب سبب لثبوت الملك لهم فيما لم يكن مالكا له فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دارنا ملكوه •
فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز • ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب •

ولكن ذلك الكافر مستامن في دارنا فيزال ملكه بالعوض لحرمة ماله بامانه فاذا دخل دار الحرب انتهت
الحرمة بانتهاء الامان وسقطت عصمة ماله فتعين العتق تخليصا للعبد وقد عجز القاضي عن اعتاقه عليه
اذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب فقام شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله دار الحرب مقام علة
الزوال وهو اعتاق القاضي كما قام مضي ثلث حيض الى آخره وعلى هذا الخلاف اذا اسلم عبد الحربي
ثم باعه مسلم او حربي او ذمي في دار الحرب لهما ان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الحاجب
وقد عدم اذ قهر البايع زال الى قهر المشتري فصار كانه في يد البايع وله ان قهر البايع زال حقيقة
والحاجة الى ثبوت قهر المشتري ابتداء وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولان اسلامه يوجب زوال قهر
غيره عليه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ما له اثر في زوال الملك مقام الازالة بخلاف ما لو
اسروا عبدا مسلما في دارنا واحرزوه بدارهم حيث ملكوه وعلى قياس ما ذكرنا ينبغي ان لا يملكوه بالاخذ
بل بالاحراز بدارهم ولو ملكوهم بالاخذ يجب عليهم الازالة كما في مسئلتنا فانهم ملكوه بالشراء فوجب عليهم
الازالة بالبيع ما داموا في دارنا ولما دخلوا في دارهم يجب الازالة ايضا باقامة الشرط مقام
الازالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالاحراز وفي المبسوط • **فان قيل** بارتفاع الامان زال
صفة الحظر لا اصل الملك كمن اباح لغيره شيئا لا يزول اصل ملكه به فملكه المباح في دار الحرب ابقاء
ما كان في الملك له فيه ابتداء • **قلنا** ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار
الحظر فانه لو لم يكن مستامنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال
اصل الملك الا ترى انه في دار الحرب لو قتل مولاه واخذ ماله وخرج الينا كان حرا وما خرج به من المال له
قوله فهم احرار ولا اعلم فيه خلافا وقوله لانه احرز نفسه بالخروج الينا يتصل بقوله ثم خرج
الينا غير مراغم وقوله اي بالالتحاق يتصل بقوله او ظهر على الدار وقيد بقوله مراغما لمولاه لانه اذا
خرج الينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه لانه لم يخرج على سبيل التغلب
فصار كمال الحربي الذي دخل به مستامنا الى دارنا كذا في الايضاح **باب**
المستامن • لما ذكر احكام الاستيلاء اعقبه بالاستيمان لان الاستيمان بعد تحقق القهر والغلبة
وقدم استيمان المسلم على استيمان الكافر لان المسلم متقدم على الكافر وكذا احكامه • **قوله** والغدر
حرام قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند استه يوم القيمة يعرف به غدرته • وقال عليه
السلام المسلمون عند شروطهم • **قوله** بخلاف الاسير يعني يباح له التعرض وان اطلقوه طوعا حتى لو قتل
قوما من اهل الحرب واخذ اموالهم وخرج الينا فهو له لانه غير مستامن ولم يوجد منه الا لتزام بعقد •
او عهد فاوجب ذلك اي الغدر خبثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري ان يطاها لانه قام مقام البايع •
وكان يكره للبايع وطيها فكذا للمشتري بخلاف المشترى شراء فاسدا اذا باعها يحل للمشتري منه ان يطاها
بعد الاستبراء لان الكراهة في حق المشتري الاول لبقاء حق البايع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع
وهنا الكراهة لمعنى الغدر لكونه مامورا برد ما عليهم ديانة وهذا المعنى في حق الثاني كهو في حق
الاول • وفي المغني لابن قدامة يجب عليه رد ما اخذ من ماله بالخيانة او بالاستقراض بان بعث ولو جاءنا بامان
واما ان يجب الرد عليه كما لو اخذه من مال مسلم • وعندنا لا يجب الرد ولكن يتصدق به ولا يجب عليه رد ما
استقرض قضاء • **قوله** على ما بيناه اي في اوائل باب استيلاء الكفار من قوله سببا للكرامة تفوق الى آخره
قوله فالادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم ادان بتشديد الدال من باب
الافتعال اي قبل الدين والجواب في مسئلة الادانة قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف القاضي
يقضي على المسلم بالدين • وقولها في المسئلة مشكل لالتزام المسلم احكام المسلمين مطلقا فصار كما لو خرجا

مسلمين عند ابا حنيفة اعتبر ديانة كل واحد منهما عند القضا، كذا في الفوائد الظهيرية • وفي الكافي
واجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشيء لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب ان لا يقضى
عليه بشيء ايضا لا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين **قوله** كما ان القضا . اي حكم القاضي
يعتمد الولاية وفيما مضى من افعاله لانه بالاستيمان التزم احكامنا في معاملات يباشرها في دارنا
لا في معاملات باشرها في دار الحرب وكما لا يقضي على المستامن لا يقضي على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية
كما ذكرناه **قوله** ملكا للذي غصبه اي سوا كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا على ما بيناه
اي في باب استيلاء الكفار ان الاستيلاء ورد على مال مباح والكافر اذا استولى على مال كافر آخر وفي
غصب المسلم اذا دخل واحد او اثنان معنيين دار الحرب الى آخره اما المداينة اي الادانة لوقوعها اي
لوقوع المداينة بالتراضي الا انا لم نتعرض لهما لا نقطاع ولايتنا فاذا خرجا مسلمين وجب القضا لقيام
الولاية **قوله** فغصب حربيا اي مال حربي وعلى هذا لو دخل دارهم بامان وغصب مال حربي وخرج
الحربي الينا مستامنا يفتى برد المغصوب الى المالك ديانة لا قضا لان المسلم لما دخل دارهم بامان التزم •
ان لا يغدر بهم فاذا غدر بالغصب وجب الرد ديانة لا قضا، كذا ذكر من غير ذكر خلاف في عامة النسخ
من شروح الجامع الصغير ولكن ذكر قاضي خان في الجامع الصغير وجعل هذا الحكم قول ابي حنيفة ثم قال
وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه قتل شخصا
معصوما من اهل الحرب اذ عصمته ما زالت بالاستيمان فيجب ما يجب بقتله في دار الاسلام ولابي حنيفة •
انه مكثر سوادهم من وجه ولو كان مكثرا سوادهم من كل وجه بان كان مستوطنا هناك لا يكون معصوما
فان كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر السرخسي في جامعه
وفي ظاهر الرواية لا يجب القصاص • وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ان عليه القصاص في العمد •
قوله ولم يوجد ذلك اي الامام والمنعة في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب فلا يجب كالحد وعند •
الايمة الثلاثة يجب الحد ايضا الا ان عند احمد لا يقام في دار الحرب حتى يرجع • وعند الشافعي يؤخر ايضا
اذا لم يكن امير الجيش او الامام او اميره والا لا يؤخر **قوله** فيبطل به اي بكونه مقهورا في ايديهم •
وتبعا لهم الاحراز اصلا لما ان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بجامع ان كل
واحد منهما مقهور في ايديهم بخلاف المستامن لانه متمكن من الخروج من دارهم فلا يكون تبعا لهم فلا تبطل عصمته
الى هذا اشار الامام قاضي خان • **فصل** قوله لانه اي الحربي يصير عينا والعين للديدبان والجاسوس
والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان • والميرة الطعام يمتاره الانسان من ماء ويمتر والجلب والاجلاب
الذين يجلبون الابل والغنم للبيع كذا في الصحاح • وفي المغرب جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا
والجلب المجلوب • ومنه نهى عن تلقي الجلب ويقال تقدم الامام اليه بكذا • وفي الكافي اذا امر به
قوله بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما فظاهره يدل على شرطية التقدم ولفظ المبسوط يدل
على ان تقدم الامام ليس بشرط بصيرورته ذميا فانه قال وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره بالخروج
الى داره على سبيل الاعذار والانذار • وفي التقدم اليه ان يبين مدة وقال ان خرجت الى وقت كذا • والا
جعلتك ذميا وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول فبعد الحول لا يمكنه من الخروج لان هذا الابلاء العذر
والحول لذلك حسن كما في اجل العنين ولانها مدة تجب فيها الجزية وادنى الاوقات غير مقدر بل مفوض الى
راي الامام الا انه ينبغي للامام ان يرهقه على وجه يتضرر به **قوله** واذا اقامها اي المدة بعد مقالة •
الامام يصير ذميا لما قلنا وهو انه لما اقام سنة بعد تقدم الامام يصير ذميا • وفي فتاوى العتابي
لو اقام سنين من غير ان يتقدم عليه الامام فله ان يرجع الا اذا قال له الامام ان رجعت الى كذا والا جعلتك

ذميا فلم يرجع صار ذميا واستانف عليه الجزية بحول بعد مضي المدة المضروبة الا ان يكون شرط عليه سنة
اخذ منه الجزية فياخذها منه حينئذ • **قوله** قوله لان عقد الذمة لا ينقض لانه خلف عن الاسلام •
فلا يمكن نقضه كالاسلام وضع عليه الخراج اي وظف عليه فهو ذمي وكذا لو لزمه عشر في قياس قول محمد
بان اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام ذكره قاضي خان
وفي الفوائد الظهيرية والمراد من وضع الخراج التزام ارض خراج بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها
عنها مع التمكن منها وهو الصحيح وهكذا ذكر في المبسوط ودلت المسيلة على انه لا يصير ذميا بنفس الشرى •
الجواز ان يشتريها للتجارة • **قوله** فيتخرج على بناء الفاعل عليه اي على قوله ذميا بوضع الخراج احكام جمة
اي كثيرة فلا يغفل عنه اي عن شرط الوضع والاحكام المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص •
بينه وبين مسلم عندنا ووجوب الدية بقتله خطا، ووجوب الضمان باتلاف خمره وخنزيره وثبوت كل حكم
ثبت في حق الذمي • **قوله** صارت ذمية فيجري عليها احكام اهل الذمة من وضع الخراج في ارضها ومنع
الخروج الى دار الحرب • وقالت الايمة الثلاثة لا تصير ذمية ولا تمنع من الخروج اذا رضي الزوج به او
فارقها ولا تصير كما لو زوج حربي ذمية • **وقلنا** المراة تابعة للرجل في السكنى حتى كان له ان يسكنها
حيث شا وتصير مقيمة باقامته فتصير راضية بالاقامة في دارنا فتصير ذمية • اما الرجل لا يتبعها
في السكنى بل يكس ما ذكرنا فلم يصر راضيا بالمقام في دارنا فلم يصر ذميا ولا يقال قد نقل انه عليه
السلام قال من تاهل ببلدة فهو منها لان ذلك غير ثابت عن النبي عليه السلام بل هو مما تلفظ به العامة
كذا في جامع قاضي خان • وفيه سوال وجواب قد ذكرناه في فصل ولا نعيده وبمواد الارادات المطلقة
قوله تبعا لنفسه فكذا ما في يد مودعه • وعن ابي يوسف ان الوديعة تصير مملوكة للمودع كما في
الدين لان يده بها اسبق فهو لها احق • وفي ظاهر الرواية لا يصير ملكا له لان يد المودع كيده كما ذكر في
الكتاب • **قوله** لا ان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته لان يد المودع كيده وبه قال
الشافعي واحمد • **فان قيل** ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند
مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار يكون فيئا ولا يكون يد المودع كيده • **قلنا** عصمة المال ما كانت ثابتة
في دار الحرب فيكون المودع في يد المسلم في دار الحرب معصوما من وجه دون وجه فلا يصير معصوما بالشك
اما ههنا العصمة ثابتة عند الايداع ولم يظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت اذ دار الاسلام
دار العصمة اليه اشار قاضي خان • **قوله** وما اوجف المسلمون الى آخره وجف الشيء اضطرب والوجيف
ضرب من سير الابل والخيل ثم يقال اوجف البعير اذا اعمله قال تعالى فما اوجفتم عليه اي اعملتم وما اوجف
المسلمون اي اعملوا ركابهم وخيلهم في تحصيله • وفي المغرب الجلا بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج
يقال جلا السلطان القوم واجلاهم اي اخرجهم فجلوا اي خرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى • وقوله والجزية
بالجر عطفا على الاراضي اي ومثل الاراضي التي كما اجلوا اهلها ومثل الجزية **قوله** فيهما اي في الاراضي
التي اجلوها واهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الثلاثة المذكوران والخراج قال كل مال ماخوذ
من الكفار بغير قتال او اخذ منهم للكف عنهم يخمس • فاما ما اخذ منهم من غير خوف كالجزية وعشر التجارة
ومال من مات ولا وارث له فيه قولان في الجديد يخمس وبه قال مالك ولاحمد في الفي روايتان في ظاهر
مذهبه لا يخمس كقولنا وفي رواية عنه يخمس كقول الشافعي وهذا الفي عند الشافعي يصرف الى من يصرف
اليه خمس من الغنيمة لانه مال اخذ بقوة المسلمين فكان كالغنيمة • ولنا ما روي في الكتاب ولانه اي الماخوذ
بايجاف المسلمين مال ماخوذ منهم من غير قتال بل اخذ منهم بالرعب من المسلمين واستحقه الغانمون باعتبار معنى
وهو القتال وفي هذا اي فيما اوجف عليه المسلمون السبب واحد وهو ما ذكرناه وهو قوله ماخوذ

بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس لانه تعالى قال فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب فجعل كله لجميع المسلمين •
قوله او دع مسلما او ذميا فهو فيء لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وعند ابي
يوسف ومحمد يجب ان لا يكون فيئا الا ما اخذ بقوة غصبا عند حربي وبه قالت الائمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف •
قوله ان اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه وقد ذكرناه في باب الغنائم •
وقال الشافعي الى آخره وبه قال مالك واحمد لانه اي القاتل اراق دما معصوما قال عليه السلام فاذا
قالوها عصموا مني الحديث لكونه اي لكون الاسلام مستحقا للكرامة بحيث نعمة وكرامة فيتعلق بما ليه اثر
في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد ولا اثر للجماد في
استحقاق الكرامات لان العصمة اصلها اي اصل العصمة المؤثمة اصل الزجر وهو وجوب الكفارة يحصل
بالمؤثمة وهي اي العصمة ثابتة اي بالاسلام اجماعا والمقومة كمال فيه اي في اصل العصمة والاصل •
يثبت بالاسلام فكذا كماله يثبت به وهذا معنى قوله فيتعلق اي العصمة المقومة بما علق به الاصل ولانه •
نفسه مضمون بالكفارة فكذا بالدية والقود كمن بما جرالينا وعكسه المرتد **قوله** رجوعا الى حرف الفاء
بمعنى الفاء يدخل في جزاء الشرط فيلزم ان يكون التحرير كل الجزاء اذ الجزاء اسم للكافي من جزا اي كفى كما هو
المذكور في الاصول فلو وجب غيره ما يكون التحرير كافيا وكل الجزاء • **قوله** الى كونه التحرير كل المذكور فينبغي
غيره اي غير التحرير وذلك لانه تعالى شرع في بيان الواجب بالقتل بطريق النهاية لانه ذكر اولا حكم قتل المؤمن
الذي في دار الاسلام خطأ فاوجب الكفارة والدية ثم شرع في بيان قتل المؤمن الذي في دار الاسلام فذكر
فيه الكفارة دون الدية ثم قتل الذمي فاوجب الكفارة والدية فلو كان حكم المؤمن الذي لم يهاجر كحكمهما
لما ذكر حكمه على خلاف حكمهما اذ لا حاجة الى ذكره ويلزم التكرار • قال العلامة مولانا حافظ الدين •
بيان الشارع على نوعين بيان كفاية وبيان نهاية وههنا بيان النهاية فلا يجوز ان تكون الدية واجبة • ولا
ذكرها اذ لو وجبت لكان البيان قاصرا بل يلزم التكرار واليه اشار في الايضاح • **قوله** والتاثيم بها اي •
باعتبار التكليف اي انقاله جمع عبء بالكسر وهو الحمل بحرمة التعرض اذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من اقامة
التكليف والاموال تابعة لها اي للادمية وهي النفس التي ثبتت العصمة المؤثمة فيها بالعصمة المؤثمة اما
العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال يعني الاصل في التقوم غير الادمي لان التقوم يوذن بان يشعر بجبر الفائت
ومعنى الجبر يتحقق في الاموال دون النفوس اذ من شرط الجبر التماثل وهي في الاموال لا في النفوس فكانت النفوس تابعة
للاموال في التقوم • والعصمة المقومة في الاموال بالاحراز لان التقوم يبنى على خطر المحل والخطر انما يثبت في
اذا كان ممنوعا عن الاخذ اذ فيما تصل اليه الايدي بلا مدافع ولا منازع لا يكون خطيرا كالماء والتراب فعلقنا
التقوم بالاحراز بالمنعة • واما الاسلام فلا يؤثر في افادة العصمة المقومة لان الدين ما وضع لاكتساب
الدنيا وانما وضع لاكتساب الآخرة واما الكفارة فتجب بالنص كذا في الايضاح • **قوله** الا ان الشرع اسقط
اعتبار منعة الكفرة الى آخره يعني علقنا تقوم النفوس بالاحراز بمنعة المسلمين واسقطنا حكم الاحراز
بمنعة الكفرة لان الشرع سلطنا على ابطالها • واذا ثبت ان التقوم بالاحراز بدارنا ولم يوجد هنا فلا يضمن وقوله •
والمرتد والمستامن الى آخره جواب عن شبهة ترد على هذا العذر وهو ان يثبت بالاحراز بدارنا فينبغي ان يثبت
التقوم لهما ولم يثبت بقتلهما لا قصاص ولا دية فاجاب عنهما وقال فيهما من اهل دار الحرب حكما لقصدهما الرجوع
اليها واما الحديث فيدل على اعتبار العصمة المؤثمة وبه نقول ولانه عليه السلام قال الا حقها وترك
الهجرة الينا من حقها و**قيل** الدار داران عندنا دار الاسلام ودار الحرب • وعند الشافعي الدنيا
دار واحدة والبلاد اجزاؤها فلا تعتبر احكامها • **وقلنا** المراد بدار الاسلام بلاد يجري فيها احكام
الاسلام ويكون تحت قهر اسلامهم وسلطانهم • وبدار الحرب بلاد يجري فيها امر عظيمهم ويكون تحت قهره

فتغايرا اسما وموضعا فتغايران حكما وعلى هذا الاصل مسائل منها تملك • وثانيها الحق المرتد المسلم بحمل كموته
في ابانة وعتق مدبره وام ولده وانفساخ اجارته ووقوع الفرقة بتباين الدار ووجوب الحد على من زنا
في دار الحرب واستحقاق سهم الفرسان اذا جاوز الدرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا وعدم جواز •
القسمة في دارهم ومشاركة المدد وثبوت الارث والزام الولد عندنا خلافا له ولو اسلم الحربي في دارنا
فاولاده الصغار في دار الحرب وماله فيها فيء عندنا • وعند الائمة الثلاثة لا يكون فيئا بل ملكه لا سلا
قوله على عاقلته القاتل وفي بعض النسخ على العاقلة للامام • قوله ومعنى قوله اي قول محمد للامام •
ان حق الاخذ له ووضعها في بيت المال • **قوله** ان شاء الامام قتله واما اذا كان المقتول لقيطا كان
للامام ان يقتل قاتله عندنا خلافا لابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان المولود في دار الاسلام لا
يخلو عن الوارث فلو اثبتنا الولاية للامام كان فيه ابطال اثبات الحق لغير صاحب الحق والقصاص •
يمنع بالشبهات ولهما ان الحق للولي بطريق الخلافة عن الميت نظرا له والمجهول لا يصلح وليا لانه لا يمكن الاستيفا
به فكان وجوده كعدمه كذا ذكره قاضيخان • وقوله العامة او السلطان يتردد فيمن له ولاية القصاص
ينبغي ان يسقط القصاص كما في المكاتب اذا قتل عن وفا لكن الامام بما هنا نايب عن العامة فصار كان
الولي واحد بخلاف مسئلة المكاتب **باب العشر والخراج** • لما ذكر ما يصير
الكافر به ذميا ذكر في هذا الباب ما يجب على الذمي من الوظايف المالية وهو الخراج لما ذكر اقسام
الارض المغنومة وجواز وضع الخراج عليها ذكر الخراج وذكر الخراج استدعى ذكر العشر لان كلاهما من وظائف الارض
النامية فينبغي ان يبين العشرية من الخراجية الا انه قدم ذكر العشر لما فيه من معنى القربة او من وظائف
المسلمين والعشر لغة احد الاجزاء العشرة والخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام • ثم سمي ما ياخذ
السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه او خراج راسه يعني الجزية كذا في المغرب • وفي المبسوط
الخراج صلة مالية • قال تعالى فهل نجعل لك خرجا ام تسالهم خرجا فخراج ربك خير **قوله** وهو اي ارض
العرب ذكر بالنظر الى حجر وهو ما وفي بعض النسخ وهي ما بين العذيب وهو ما لبني تميم • وقال ابو عبيد
اي موسى الى اقصى اليمن في الطول • واما العرض فمن رمل يبرين الى منقطع السماوة وهي ارض الحجاز
وتهامة والحجاز واليمن ومكة والطائف والبرية اي البادية • **قوله** الى اقصى حجر بمهرة وما روي
الى اقصى حجر بسكون الجيم وهو الجانب هو تحريف لما روي عن ابي موسى في الاملاء حد ارض العرب ما
وراء حدود الكوفة الى اقصى صخر باليمن • وجزيرة العرب هي الحجاز سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس
والفرات احاطت بها وسمي حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد • وارض العرب عشرية لانه عليه السلام والخلفاء
بعده لم ياخذوا الخراج منها ولان شرط وضع الخراج تقريرا اهلها على الكفر ولا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام
او السيف لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فلم يجز وضع الخراج في اراضيهم **قوله**
والسواد اي اراضي سواد العراق وبه صرح المترجم وسمي سواد العراق لخضرة اشجاره وزرعه وحلوان
اسم بلد هذا طوله • ومن الثعلبية وهي من منازل البادية ووضعها موضع العلث خطا والعلث بفتح العين
وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهي اول العراق شرقي دجلة وعبادان حصن صغير على شط
البحر كذا في الصحاح والمغرب وهذا عرضه • وفي شرح الوجيز سواد العراق من عبادان الى حديثة الموصل
طولا ومن عذيب القادسية الى حلوان عرضا وطوله مائة وستون فرسخا وعرضه ثمانون فرسخا
ومساحته ستة وثلاثون الف الف جريب كما يجيء بعد في المتن **قوله** وقد قدمناه من قبل اي في باب
قسمة الغنائم • وقال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد لا يجوز بيعها ورهنها وهبتها لاهلها لانها موقوفة
على المسلمين • **قوله** والخراج اليق به اي بالكافر لان فيه معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى انه يجب

وان لم يزرع وقوله ومكة مخصوصة الى اخره جواب القياس فان القياس في ارض مكة الخراج لانها فتحت عنوة كما بينا قال ومكة مخصوصة بفعل النبي عليه السلام وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج على اراضيهم
قوله فهي ارض خراج يعني سواء قسم بين الغانمين او اقر اهلها • قوله فيعتبر السقي بماء العشر وبماء الخراج
والماء العشري والخراجي قد بيناه في كتاب الزكوة • وفي فتاوي قاضي خان الخراج نوعان موظف وهو ما وظفه
الامام بشيء في الذمة في كل سنة يتعلق بالتمكن من الزراعة ومقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج
نحو الخمس او السدس ونحوه • **قوله** معتبر بحيزها هذا اذا كان مسلما • اما اذا كان المحيي ذميا فعليه الخراج
وان كانت في حيز ارض العشر ذكر في المبسوط وجامع قاضي خان **قوله** والبصرة عندنا اي عند
ابي يوسف عشرية وان كانت في حيز ارض الخراج جواب عن قياس قوله فقال ذلك ثبت باجماع الصحابة
فان قيل قد ذكر محمد في سير الزيادات ان المسلم لا يبتدا بتوظيف الخراج • **قلنا** هذا معنيه
بما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج جزاء للمقابلة فيختص وجوبه
بما يسقى منه المقابلة والماء الذي حمته المقابلة ماء الخراج كذا في الفوائد الظهيرية ناقلا عن الامام
السرخسي **قوله** يعطيه حكم الدار في حق الانتفاع وان كان الفناء غير مملوك له لاتصاله بملكه اعطي له
حكم الملك في حق الانتفاع وقد ذكر في المبسوط قال المستاجر للاجير هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر
فحفر فمات انسان فالضمان على الاجير قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم • وفي الاستحسان على المستاجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدواب
وبناء الدكان فعلم ان في الفناء حق الانتفاع وان لم يكن ملكا له • **قوله** اخذ ما قرب من العامر وفي بعض
النسخ احياء ما قرب منه وهو موافق للمبسوط والمراد من الاخذ الاحياء ايضا نهر الملك على طريق الكوفة
من بغداد ويزدجرد اسم ملك من ملوك العجم • والجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا
بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة ذكره التمرتاشي • وفي المغرب الذراع المكسرة ست
قبضات وهو ذراع العامة • **وقيل** الجريب ما يذر فيه مائتا رطل • **وقيل** ما يذر فيه من الحنطة
ستون منا • **وقيل** خمسون منا في ديارنا • وقيل ما يعمله فدان كذا في العينية وفتاوي العتابي وفي الكافي
ما قيل الجريب ستون في ستون حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الاراضي
تختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله • **قوله** وهو الصاع والصاع ثمانية ارطال
اي اربعة امنا خلافا لابي يوسف وقد مر في صدقة الفطر والصاع يكون من الحنطة كذا في كتاب العشر
والخراج • وفي شرح الطحاوي يكون هذا القفيز مما يزرع في ذلك الارض وهو الصحيح في المجتبى هذا كلام حسن
فلا بد من حفظه والرطبة الاسفست • وقال الشافعي في كل جريب حنطة اربعة دراهم وفي جريب الشعير
درهمان والباقي كقولنا • لما روي الشعبي ان عمر رضي الله عنه لما بعث عثمان بن حنيف فرض كذلك قال في
كل جريب حنطة قفيز ودرهم • وكذا في قفيز جريب الشعير قفيز ودرهم لما روي عن عمر رضي الله عنه انه وظف
لذلك وما روينا مشهور • او مالك يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين فيفوض محله الى راي
الامام وبه قال احمد في رواية • وعنه في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا **وقيل**
كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وعلى بعضها اكثر لتفاوت
الريع في ناحية او سعر فالكرم اخفها مؤنة لانها لا تحتاج الى الزراعة والبذر في كل عام • والرطاب بينهما
لانه يبقى اعواما ولا يدوم دوام الكرم لان مؤنتها فوق مؤنة الكرم ودون مؤنة المزارع الرطبة يتفاوت
بتفاوت المؤن فقال عليه السلام وما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف
العشر **قوله** حسب الطاقة يعني ارض الزعفران يلحق بارض الزرع او الكرم او الرطبة وبابها كما سياتي

الرطبة اشكه في قدر الغلة فهو مبلغ الطاقة كذا ذكره التمرتاشي • **قوله** لما كان لنا ان نقسم يعني لما ظفرنا
عليهم وسعنا ان نسترقهم ونقسم اموالهم فاذا اقطعنا لهم كان التنصيف عين الانصاف ولا يزاد عليه لان
للاكثر حكم الكل وذا تمام لايطاق • **قوله** والبستان الى اخره وفي فتاوي الظهيرية ولو كان في جوانب
الارض اشجار ووسطها زرعة ففيها وظيفة عمر ولا شيء في الاشجار وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت
الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي كرم • **قوله** وهذا اي قولهما ولو زدنا لا طاقت يدل بطريق
الدلالة على ان النقصان عند قلة الريع يجوز بالاجماع لانه لما جاز النقصان عند تمام الطاقة فعند عدم
الطاقة بالطريق الاولى **قوله** اما الزيادة عند زيادة الريع الى اخره • وفي الكافي في الاراضي التي صدر
التوظيف عن عمر او من امام بمثل وظيفة عمر لم تجز الزيادة اجماعا • اما لو اراد الامام توظيف الخراج على
ارض ابتداء وزاد على وظيفة عمر فعند محمد واحمد ومالك والشافعي في قول وعند ابي حنيفة وهو رواية
عن ابي يوسف لا يجوز وهو الصحيح لان عمر رضي الله عنه لم يزد لما اخبر بزيادة الطاقة • وفي شرح الطحاوي
عن ابي يوسف وايتان في رواية مع محمد • **قوله** اذا اصطلم الى اخره الاصطلام هو الاستيصال فلا خراج
عليه ولا اعلم فيه خلافا قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب بان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا
لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا اما اذا بقي لا يسقط الخراج ذكره في شرح الطحاوي
وفي الفتاوي الكبرى وتكلموا ان المعتبر في ذلك زرع الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة
الزرع فيها اي مدة يبلغ فيها الزرع مبلغا تكون قيمته ضعف الخراج • وفي ذلك كلام والفتوى على انه مقدر
بثلاثة اشهر • **قوله** او يدار الحكم على الحقيقة اي حقيقة الخارج اذ التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا
وجد الاصل سقط اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه
الحالة فيسلم بسلامة الخارج ويبطل بهلاكه وايضا هذا محمول على ما اذا لم يبق مقدار ما يزرع فيها كما ذكر
وفي الفوائد الظهيرية هذا اذا ذهبت كل الخارج اما لو بقي بعضه فان كان مقدار الخراج ومثله بان بقي
مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج • وان بقي اقل من مقدار الخراج يجب نصفه
قوله فوته اي الريع مع امكان تحصيله قال التمرتاشي هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك
متمكن من الزراعة فلم يزرعها فاذا عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره
مزارعة ويأخذ الخراج من نصف المالك ويمسك الباقي للمالك وان شاء اجرها واخذ الخراج من الاجرة
وان شاء زرعها بنفقة بيت المال • فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج
وهذا بلا خلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر بالمالك لكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة • وعن ابي
يوسف يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا • وفي جمع التسهيد باع ارضا خراجية فان بقي
من السنة ما يمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البايع • **قوله** انتقل الى اخس الامرين كمن له
ارض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران ولذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه
خراج الكرم • **قوله** ولا يفتى به الى اخره • **فان قيل** كيف يجوز هذا وكتمهم واجب في موضعه بكونه
واجبا • **قلنا** اراد به انا لو افتينا به لادعى كل ظالم في كل ارض ليس هذا شانها انها تزرع الزعفران
قبله فياخذ منه خراج الزعفران وهذا طمع من غير مطمع فيكون ظلما كذا في الفوائد الظهيرية • وفي شرح
الطحاوي انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فان اطعم فليلا فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة
الكرم وان كان اقل فنصفه اذا لم ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز ودرهم • وفي رواية ففيه وظيفة
الارض الى ان يطعم الكرم ولو جعل ارض الزعفران مسكنا او خانا للغلة او مقبرة او مسجدا يسقط الخراج وفي
الليالي لا يسقط **قوله** اخذ منه الخراج على حاله • وقال مالك والشافعي يسقط الخراج وعند مالك يسقط

الجزية ايضا وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا والشافعي وعند مالك لا يجوز ولا يجوز وعلى رواية
الجواز يسقط الخراج لما ان فيه معنى الذل والصغار وذا لا يليق بالمسلم لما قلنا وهو ان فيه معنى المؤنة والمسلم
من اهل المؤنة كالعشر اذ الارض لا تخلو عن مؤنة فابقاها ما يقرر واجبا اولى لانا ان اسقطنا ذلك احتجنا
الى ايجاب مؤنة اخرى • قوله صح ان الصحابة صح عن ابن مسعود والحسين بن علي وشريح بن علي رضي الله عنهم
وقوله من غير كراهة احتراز عما ذكره المتقشفة فانهم يكرهونه ويستدلون بما روي انه عليه السلام راى
شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا وظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك
بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم
اذلة بدليل ما روينا من قصة ابن مسعود وغيره ذكره في المبسوط • قوله وقال الشافعي يجمع بينهما وبه
قال مالك واحمد لانهما حقان يختلفان ذاتا • فان احدهما مؤنة فيه معنى العبادة والآخر مؤنة فيه معنى
العقوبة ومحلا فان الخراج في الذمة والعشر في الخارج وسببا فسبب العشر الارض النامية حقيقة بالخارج
وسبب الخراج الارض النامية بالتمكن ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة فوجوب
احدهما لا ينفي وجوب الآخر كوجوب الدين مع العشر والخراج • قوله والوصفان وهو الطوع والقهر لا يجتمعان
التنافي بينهما اذ الطوع ضد الكره والحاصل من العشر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان ولهذا ايضا في
الارض النامية فيقال عشر الارض وخراج الارض فيكون سببهما واحدا ولا يجمع مؤنتان بسبب ارض واحد •
قوله مع احدهما اي العشر او الخراج حتى لو اشترى ارض العشر او الخراج للتجارة ففيها العشر او الخراج
دون زكوة التجارة عندنا • وعن محمد يجمع العشر او الخراج مع زكوة كقول الائمة الثلاثة لاختلاف سببهما
ومحلهما كما ذكرنا • **وقلنا** الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كالزكوة كما لا يجب زكوة السائمة والتجارة
باعتبار مال واحد ثم العشر او الخراج صار وظيفة لهذه الارض فان الدين للعبد والعشر لله تعالى ولا تنافي
بينهما فيجتمعان لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه اي الخراج مكررا اي ما اخذ الخراج والجزية في السنة
الا مرة ولم ينقل من احد من ائمة الجور والعدل فحل محل الاجماع • ولان الربيع في الاراضي يكون مرة في
السنة في الاعم والاغلب فبني الحكم على الغالب ذكره في المبسوط

باب الجزية

لما ذكر خراج الارض شرع في خراج الراس وهو الجزية وقدم الاول لما فيه من معنى المؤنة فيشارك العشر
وفي العشر معنى القربة فقدمه باعتبار العشر لان القربة مقدمة الجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار
راسه والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وسميت بها لانها تجزي ان تقضي وتكفي في الذمي عن القتل اذ بقبولها
يسقط عنه القتل وجواز اخذها ثابت بالكتاب والسنة • اما الكتاب فقوله تعالى حتى يعطوا الجزية
الاية • والسنة ما روي انه عليه السلام اخذها من مجوس هجر واخذ الحلل من نصارى بني نجران وكانت
جزية وفيه اخبار كثيرة من قوله فان اجابوك فاقبل منهم الحديث وغيره • وطعن بعض الملحدين وقال
كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو اعظم الجنايات باخذ المال ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني
على الزنا باخذ المال وهذا يرجع الى الكلام وانه حكم واثبات النبوات • **وقلنا** ليس المقصود منه
المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لانه بعقد الذمة يسكن الى المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يسلم
مع ان دفع شرهم لهو واجمع المسلمون على اخذ الجزية اذ بالجزية يرى صغار نفسه وعز المؤمن •
فيؤخذ منهم الجزية خلفا عن النصرة التي فاتت باصراره على الكفر لان من هو من اهل الاسلام فعليه القيام
بنصرة الدار والذمي لا يصلح لهذه النصرة لانهم يميلون الى اهل الحرب فيشوشون علينا امر الحرب فيؤخذ
منهم المال ليصرف الى الغزاة ليقوموا بنصرة الدار ولهذا اختلف باختلاف حاله في الغنا والفقر •
فانه معتبر باصل النصرة والفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا ووسط الحال ينصر راكبا والفائق •

في الغنا راكب ويركب غلامه كذا في المبسوط **قوله** وهي اي الجزية على الضربين وفي الفوائد الظهيرية اهل الذمة
في حق ما يجب عليهم ثلثة التغلبي والنجراني من النصارى وسائر اهل الذمة • فالتغلبي يؤخذ منه الصدقة
مضاعفة اتباعا لعمر رضي الله عنه • والنجراني يؤخذ منه الحلل اتباعا لرسول الله صلى الله عليه وسلم
وسائر اهل الذمة يؤخذ على المقادير المذكورة في الكتاب وفي الصحاح والمغرب نجران بلد من اليمن واهله النصارى
والحلة ازار ورداء هذا هو المختار ولا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلوان او الحل لما بينهما من الفرجة
قوله على الغني الظاهر الغنا في شرح الطحاوي ظاهر الغنا من يملك عشرة آلاف درهم والمتوسط من
يملك من مائتي درهم الى عشرة آلاف درهم والفقير من لا يملك مائتين • **وقيل** من لا بد له من الكسب لاصلاح
معيشته فهو معسر ومن له مال يعمل بيده فهو متوسط • ومن لا يعمل لكثرة ماله فهو ناي في الغنا • وقيل
من لا كفاف له فهو معسر ومن يملك قوته وقوت عياله متوسط • ومن يملك لما فضل عليه فهو غني •
وقيل هذا يختلف باختلاف الاماكن ويعتبر وجود هذه الصفات في اخر السنة والمعتمل المكتسب
والاعتماد الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في السنة كلها او نصفها
او اكثرها ولا يجب عليه ولو ترك العمل مع القدرة عليه فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع يجب عليه
الخراج ذكره في الايضاح ويجيء ايضا • **قوله** وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا ولا فرق بين الغني
والفقير لحديث معاذ وقال بعض اصحابه الامام مخير بين الدينار واثني عشر درهما لان اقل الدينار اثني
عشر مسكوكة من النقرة الخالصة والدينار في القواعد بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر
درهما فان عمر رضي الله عنه قضى بذلك ولا يجب على الامام ان يجبرهم على اكثر على ما عليهم • ويستحب ان يماكس
حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير ولا يعتبر الدراهم الا باعتبار السعر والقيمة عند عامة
اصحابه كذا في شرح الوجيز • وقال مالك يأخذ من الغني اربعين درهما او اربعة دنانير ومن الفقير عشرة
دراهم او دينارا لما روي ذلك عن عمر رضي الله عنه • وعن احمد رضي الله عنه ثلث روايات في رواية
غير مقدرة بشيء بل يفوض الى راي الامام وبه قال الثوري وابو عبيد لانه عليه السلام امر معاذا باخذ
الدينار وصالح بني نجران بالفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب رواهما ابو داود وعمر رضي الله عنه
جعل الجزية على ثلث طبقات كما هو المروي وصالح بني تغلب على الضعف وهذا يدل على انها مفوضة الى
راي الامام ولانها عوض كالاجرة فلم يتقدر بشيء وفي رواية مثل قولنا • وفي رواية اقلها دينار ويجوز
الزيادة ولا يجوز النقصان لان عمر رضي الله عنه زاد على ما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقص
قوله او عدله معافر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب
الى معافر بن مر • ثم صار اسما للثوب بغير نسبة كما ذكر في المغرب • وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من
همدان ينسب اليه النوع من الثياب • **قوله** ومذهبنا مروي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم فانه روي
وضع الجزية على رؤس الرجال اثني عشرة واربعة وعشرين وثمانية واربعين وعن الحسين مثله ونصب
المقادير بالراي لا يكون فدل انه اعتمد على السماع من النبي عليه السلام ولانه فعل ذلك بمحضر من اصحابه
ومشورتهم ولم ينكر عليه احد فصار اجماعا • وحديث معاذ منقطع ذكره البيهقي **قوله** ولانه اي الجزية على
تاويل خراج الراس وجبت نصرة اي خلفا عن النصرة التي فاتت بالاصرار على الكفر لان من هو في دار الاسلام
فعليه القيام بنصرة ابدانهم لا يصلح لها لميلهم الى اهل الدار المعادية فيشوشون علينا من الحرب فيؤخذ •
منهم المال اي الجزية خلفا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا صرفت الى المقاتلة دون الفقراء وضرب على
الصالحين للقتال الذين لزمهم القتال اذا كانوا مسلمين فيختلف باختلاف حالهم في الفقر والغنا اعتبارا
باصل النصرة فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا • ووسط الحال ينصرها راكبا والفائق في الغنا راكب

بنفسه وترك غلامه فما كان خلفا لنصرة للدار راجلا ووسط الحال اليه اشار في المبسوط • فإن قيل
القتال فرض كفاية والجزية فرض عين وكيف يكون خلفا ولأن القتال طاعة والجزية عقوبة فكيف تصلح
خلفا • قلنا القتال فرض عين في الأصل لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة الكفار فإذا حصل
بالبعض سقط عن الباقين كالسعي فإنه واجب على كل مسلم فإذا حمله انسان كرها الى المسجد سقط عنه لأنه
وجب لإمكان أداء الجمعة وقد حصل • والجواب عن الثاني أن الحكمة عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من
زيادة الشين للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو أعاروا دوابهم للمسلمين •
كذا في الاسرار • قوله وهذا امره اي النبي عليه السلام معاذا بالأخذ من الحالمة وهي المرأة البالغة
والجزية على النساء لا تجب بالاجماع • قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب بلا خلاف واهل الكتاب اليهود •
والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى وخالفوهم في فروع دينهم •
وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكانية والفرنج والروم والأرمن وغيرهم ممن دان
بالانجيل وانتسب الى عيسى والعمل بشريعته فكلهم من اهل الكتاب قال تعالى أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على
طائفتين من قبلنا • واختلف اهل العلم في الصابئين عن احمد انهم جنس من النصارى وعن عمر انهم يسبتون فهم من
اليهود وقال مجاهد بين اليهود والنصارى وقال السدي والربيع هم من اهل الكتاب وتوقف الشافعي فيهم •
ويروى عنهم انهم يقولون الفلك حي ناطق والكواكب السبعة آلهة • والصحيح ان كانوا يقرون بنبي وكتاب
فهم من اهل الكتاب وإن كانوا من عبدة الكواكب فهم كعبدة الأوثان • وقد مر في النكاح واما المجوس •
فلهم شبهة الكتاب فيجوز اخذ الجزية بالحديث منهم ولا يجوز نكاح نسائهم ولا ذبائحهم لما روي عن علي ان لهم •
كتابا فلما وقع ملكهم على بنته أو أخته رفع العلم عن صدورهم وما بقي كتابهم • قوله وفيه خلاف الشافعي فإن
عنده لا تقبل الا من اهل الكتاب والمجوس وله في اهل كتاب غير اليهود والنصارى مثل اصحاب ابراهيم وشيث وإدريس
وزبور داود ومن تمسك بدين آدم والسامرة والصابئين وجهان أحدهما يؤخذ • والثاني لا والوثني إذا دخل
في دين اهل الكتاب بعد النسخ لم تؤخذ منه الجزية وقال المزني تؤخذ • وقال مالك تؤخذ من جميع الكفار
الا من عبدة الأوثان من العرب وبه قال احمد في رواية • وقال احمد لا يؤخذ الا من اهل الكتابين ومن
وافقهم في اصل دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة ويؤخذ من المجوس ايضا ولا يؤخذ من غيرهم من عبدة
الأوثان وممن آمن بصحف ابراهيم وشيث وإدريس وزبور داود ومن آمن بدين آدم لأن النص جاء في اهل
الكتابين والمجوس فبقي غيرهم تحت قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم • قوله فبقي من وراءهم على
الأصل اي تحت النصوص العامة وفي الاسرار قال الشافعي لا تقبل الجزية الا من اهل الكتاب وسنته ومشركي
العرب والعجم جميعا • ولنا ان عمر رضي الله عنه ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما اي من الاسترقاق
وضرب الجزية يشتمل على سلب النفس منهم اذ بالرق تعود منفعته الينا وتصير منا دارا وكذا بالجزية
لأنه يكتسب ويؤدي الى المسلمين فكل من جاز ابقاؤه على الرق جاز ضرب الجزية عليه ولا يلزم على هذا •
استرقاق صبيانهم ولا يجوز ضرب الجزية عليهم • قلنا الصبيان صاروا اتباعا لأصولهم في الكفر •
فلزمهم حكم الأصول ذكره في الاسرار وامتناع ضرب الجزية على النساء لمانع وهو عدم الحراب لا يدل على
عدم مساواتهما • قوله واذا ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم قبل ذلك اي
قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية • قوله على عبدة الأوثان من العرب
خلافا لمالك كما ذكرنا وقيد عبدة الأوثان من العرب لأن الجزية توضع على اهل الكتاب منهم ذكره في جامع
فخر الاسلام وشمس الأئمة لأنه قوله تعالى حتى يعطوا الجزية لم يفصل ولأنه عليه السلام صالح بني نجران وعمر
اخذ من بني تغلب وهم نصارى العرب ولأن كفرهم أخف بسبب كتابهم • وتوضع على عبدة الأوثان من العجم •

فإن قيل انه عليه السلام قال يوم أوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير تفصيل بين الكتابي والوثني
قلنا مراده عربي لا اصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليس بعرب في الأصل
والعرب في الأصل عبدة الأوثان فهم أميون كما وصفهم الله تعالى • قوله ولا المرتدين سواء كان من العرب
او العجم ولا خلاف في المرتد لأن كفرهما اي عبدة الأوثان من العرب والمرتدين • قوله وعند الشافعي مشركو
العرب يسترقون وبه قال مالك واحمد لأن الاسترقاق إتلاف حكما فيجوز كالإتلاف حقيقة بالقتل ولنا
قوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون اي الى ان يسلموا والآية في عبدة الأوثان من العرب • وروى ابن عباس انه
عليه السلام قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام او السيف وقال عليه السلام لا رق على عربي • قوله
وجوابه ما قلنا وهو قوله لأن كفرهم قد تغلظ • قوله ولا المرتدين سواء كان من العرب والعجم ولا خلاف
في المرتد • قوله واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء لأنه عليه السلام
سبى ذرية أوطاس وهوازن واسترق ابو بكر رضي الله عنه نساء وصبيان بني حنيفة لما ارتدوا وقسمهم
حتى وقع في سهم علي الحنفية فاستولدها محمد بن الحنفية وحنيفة ابو حي وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي
بن بكر بن وائل ذكره في الصحاح • وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب الا ان ذراري المرتدين
تجبر على الاسلام وكذا نساؤهم بخلاف ذراري عبدة الأوثان ونساؤهم لا يجبرون على الاسلام بعد
الاسترقاق وكذا في جامع شمس الأئمة وفخر الاسلام • وفي فتاوى قاضي خان تؤخذ الجزية من كل كافر سوى
مشركي العرب • وتؤخذ من الصابئة عند ابي حنيفة خلافا لهما على ما مر في باب النكاح • واما الزنادقة
قال لو جاء زنديق قبل ان يؤخذ فاقر انه زنديق وتاب عن ذلك تقبل توبته فإن أخذ ثم تاب لا تقبل
توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا يؤخذ منه الجزية • قوله
ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون ولا خلاف لأهل العلم فيه • ولا خلاف لأهل العلم فيه وفي قول
من الشافعي يؤخذ من الأعمى والمفلوج والشيخ الكبير لأنه أجرة السكنى فيكون كالأجرة فيستوي فيه الكل •
قوله تحملوا الزيادة بسببهم اي صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء او وسط الحال قال عيسى بن
ابان تفسير الغنا بان كان ما يملكه يكفيه وعياله فيفضل فربما كان الرجل بكثرة غلمانه واكتسابهم يكون على
هذه الصفة فيكون غنيا وجزية الغني على ضعف جزية الفقير فكان تحمل زيادة الجزية بسبب الغلمان •
فلو قلنا بأنه يؤدي عنهم ايضا لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز ولا خلاف في هذا
قوله ذكرهما اي في القدوري وهو قول ابي يوسف وبه قال الشافعي في قول واحمد في وجه • قوله
سقطت اي الجزية عنه سواء كانت قبل تمام السنة او بعد تمامها قبل اخذ الجزية وبه قال مالك واحمد •
واكثر اهل العلم وكذا لو مات كافرا اي بعد تمام السنة تسقط عندنا وبه قال احمد في رواية وقال
الشافعي لا تسقط في الوجهين وقال مالك واحمد في الاسلام كقولنا وفي الموت كقول الشافعي وللشافعي
فيما اذا اسلم او مات في اثناء الحول قولان اصحهما انه يجب جزية ما مضى وهكذا الخلاف لو عمي او صار
مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او صار فقيرا لا يقدر على شيء • وبقي من الجزية عليه شيء يسقط
عندنا خلافا لهم • قوله بدلا عن العصمة او عن السكنى وانما ردد بينهما لأن العلماء رحمهم الله اختلفوا
في ان الجزية وجبت بدلا عماذا قال بعضهم بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي في
قول وقال بعضهم بدلا عن النصرة التي فاتت بإصرارهم كما بينا وهو الأصح • وقال بعضهم بدلا عن السكنى
في دارنا وبه قال الشافعي في قول يؤخذ الجزية عن الأعمى والمعتوه والمقعد لأنهم يشاركون في السكنى •
وعندنا لا يجوز كما بينا • وعنده لا يسقط بعارض الاسلام والموت لوصول المعوض وهو السكنى اليه كالأجرة
وكبدل الصلح عن دم العمد حيث لا يسقط بالاسلام والموت • ولنا قوله عليه السلام لا جزية على مسلم

نفا ما مطلقا فيقتضي نفيها ابدا ونفيا ... وقال عليه السلام لا ينبغي للمسلم ان يؤدي الجزية وعن عمر ان اخذها
في كفه ثم اسلم ردها عليه ولانها اي ولان الجزية وجبت عقوبة على الكفر فتسقط بالاسلام والموت
كالقتل لانها خلف عن القتل ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وهو ينطلق على المثوبة والعقوبة
بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة
والصغار • وفي النص اشارة اليه حيث قال حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون كما ذا كانت عقوبة
وهي تستحق بالجناية ولا جناية اعظم من الكفر وعقوبة الكفر في الدنيا لا تكون الا الدفع الشر وقد صار
مدفوعا بالموت او الاسلام فيسقط كالقتل ولانها خلف عن النصرة كما مر وبالاسلام قدر على الاصل
فيسقط الخلف وبالموت عجز عن الاصل فلا يجب الخلف اذ شرطه تصور الاصل وفيه نوع تامل وقوله
والعصمة تثبت بكونه ادميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة فيمنع هذا ونقول العصمة
كانت امرا اصليا له لا ان تثبت بقبول الجزية لان الادمي خلق معصوما في اصله كما بينا فلا تصح اضافة
اضافة الامر الاصلي الى قبول الجزية الذي هو طارئ • **قوله** والذي يسكن ملك نفسه يعني تعقد الذمة
دارت الدار دار ح فلا وجه لايجابها عوضا عن العصمة والسكنى • ولهذا تسقط عن الاعمى والشيخ الفاني
والمقعد والزمن والمعتوه على قول اكثرهم اي اهل العلم وعلى قول من الشافعي • وفي المبسوط ولئن سلمنا
انها دين فانما هي بدل حقن الدم في المستقبل لا فيما مضى وقد استفاد الحقن بالاسلام فلا معنى لاخذها
وفيه نوع تامل • **قوله** وان اجتمعت عليه اي على الذمي الحولان ولفظ شرح الاقطع وان اجتمع عليه
حولان • وقيل ان الحول على تابث السنة • **قوله** وهو قول الشافعي وبه قال احمد ومالك يؤخذ منه
لعشر اذا الفقير لا جزية عليه عنده • قوله وقيل لا تداخل فيه اي في الارض بالاتفاق • ووجه الفرق
ان خراج الارض وجب مؤنة للارض قائما مقام العشر والعشر مضاعف فكذا الخراج ولانه لا عقوبة في الخراج
بقاء فاعتبر مؤنة للارض لا عقوبة فيها كنفقة المراة المفروضة وصدقة الفطر اليه اشار في الاسرار
قوله ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان الخراج اي خراج الراس وهو الجزية عوض والاعواض اذا اجتمعت
لا تتداخل كسائر الاعواض التي تجب في الذمة وهذا لانه ما بقي حيا مصرا على كفره فاستيفاؤها من
الوجه الذي وجبت ممكن بخلاف ما اذا اسلم لتعذر استيفائها من الوجه الذي وجبت اذ اخذ الجزية
بطريق الصغار لما مر وبعد الاسلام لا يمكن استيفاؤها بطريق الصغار اذ المومن يوقر لايمانه فتعذر
استيفاؤها من الوجه الذي وجبت وانما استيفاء الواجب اذا استوفي بصفة وجب بها • **قوله**
اخذ بتلبيبه في المغرب التلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من ثيابه واللبب موضع القلادة من الصدر
والهز التحريك • وفي شرح الطحاوي يؤخذ منه الجزية بطريق الاستخفاف له حتى يصفع في صالة
الاخذ فثبت انه اي خراج الراس وهو الجزية عقوبة فتداخل كالحدود الا ترى ان كفارة الافطار
تتداخل وان كانت عبادات لان جهة العقوبة فيها معتبرة حقا لله تعالى حتى تسقط بالشبهة فالجزية
التي لا عبادة فيها بوجه وهي عقوبة اولى ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا
كما مر واما ما كان يسقط اذا اجتمعت عنه الى اخر ما ذكر في الكتاب **قوله** يجري على حقيقته اي على
حقيقة المجيء وهو الدخول • قوله والاصح كذا لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد فامر باسقاط
القتل عنهم باعطاء الجزية وذلك موجود في اول الحول ولانه مال يجب باسقاط القتل فكان وجوبه
حال سقوطه كبدل الصلح عن دم العمد فان قاسوا على خراج الارض • **قلنا** خراج الارض في مقابلة
الانتفاع بها فما لم يسلم المنفعة لا يجب وعند الشافعي في اخره اي في اخر الحول وبه قال احمد لانه مال
يتكرر بتكرر الحول او يؤخذ في اخر الحول فلم يجب باوله كالزكوة والدية • **قوله** على ما قررناه وهو ان

الجزية

الجزية بدل على القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وذا انما يتحقق في المستقبل لا في الماضي فكذا لا يجب
ان يكون الحكم في بدلهما كذلك ايضا وهو ان لا يجب نصرة ماضية ويجب لنصرة مستقبلة فينبغي ان يجب في
اول الحول لتحقق سببه وهو وجوب النصرة عليهم بالمال بخلاف الزكوة لانها تجب في المال النامي
الحولي ليتمكن من الاستنماء لاشتمال الحول على فصول اربعة كما مر في الزكوة وبخلاف الدية لانها تجب
باعتبار تفويت المحافظة وعدم اخذ يد القابل وذا يتحقق في اخر السنة • **فصل** لما ذكر
احكام ما يجب عليهم شرع في بيان معاملتهم في دارنا • **قوله** ولا يجوز الى اخره وكذا لا يجوز احداث
بيت نار والخصا بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه اي نزع خصيته والاخصاء في معناه خطا
ذكره في المغرب • الكنيسة معبد اليهود والبيعة معبد النصارى • **قيل** في وجه المناسبة
في الجمع بين الخصاء والكنيسة في الحديث ان الخصاء نوع ضعف ليس في الفحل وكذا بناء الكنيسة في
دار الاسلام يورث الضعف في الاسلام او في الخصاء تغيير عما عليه اصل الخلقة وكذا في بناء
الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الاسلام • **قيل** في تاويل قوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله
المراد الخصاء • **وقيل** المراد التبتل والامتناع من النساء • **وقيل** امصار المسلمين ثلثة
احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة
ولا مجمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب
الناقوس • وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شيء بالاجماع وما كان فيها شيء من ذلك
هل يجب هدمه • فقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية لان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيرا
من البلاد عنوة ولم يهدموا شيئا من كنائسهم • وكتب عمر رضي الله عنه الى عماله لا تهدموا بيعة ولا كنيسة
وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج فيجوز احداثهم وان صالحهم على ان الدار
لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يوقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث
لا يمنعهم والاولى ان يصالحهم على شرط ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث البيعة
والكنيسة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير • ولو وقع الصلح مطلقا لا يجوز
الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع وفي
المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع **قوله** والصومعة اي لا يمكنون من اتخاذ الصومعة
للعبادة • **قوله** بخلاف موضع الصلوة اي صلوة الذمي في بيته حيث يمكن منه **قوله** والمروي
قوله وهذا في الامصار دون القرى عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة • وفي المحيط قال محمد كل
قرية من قرى اهل الذمة او مصر او مدينة لهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا واتيان الفواحش التي
يحرمونها في دينهم يمنعون من ذلك وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن
قوله في جزيرة العرب جزر الماء انكشف عن وجه الارض وقد بينا ان ارض العرب لم سميت جزيرة
وفي المحيط قال محمد لا ينبغي ان يترك في ارض العرب كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر ولا قرية منها
او في ماء من مياه العرب ويمنع المشركون ان يتخذوا ارض العرب مسكنا ووطنا ولا خلاف لاحد •
قوله الكستيجات وهو جمع الكستيج وهو خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه
دون الزنانير المتخذة من الابريسم قاله ابو يوسف • ومنه امر عمر رضي الله عنه باظهار الكستيجات
ذكره في المغرب • **فان قيل** لم يامر النبي صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس
هجر • **قلنا** لانهم في زمنه عليه السلام معروفون ولا يشتبه حالهم فلا يحتاجون الى ذلك • ثم في
زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف احتاج الى ذلك وكان ذلك بمحضر من الصحابة

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة

قال عليه السلام انما دار عمر دار الحرب معه • **قوله** وفي الجامع الصغير واذكر لفظ الجامع ليعلم انما
ذكر في الجامع الصغير تفسير لما ذكر من رواية القدوري • **قوله** صيانة لضعفة المسلمين قال شمس الائمة
في جامعه المراد من الضعف هو الضعف في الدين لا في البدن يعني انما فعل بهم ذلك من الصغار كي يروا
في اعين الناس الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام على الصغار والذلة حتى لا يقولوا انهم يتقلبون في النعمة
والدعة • والمؤمنون في المحنة والضعة وان لا يميلوا الى الكفر بسبب تنعمهم واليه اشار الله تعالى
في قوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن الاية • **قوله** والعلامة الى آخره ذكر
التمرتاشي يكتفى في كل بلد من العلامة بما تعارفه اهله لان المقصود يحصل بهذا فعلم ان الاقتصار على هذه
العلامة المخصوصة غير لازم • **قوله** فانه اي الزنار من الابريسم جفا والجفا الغلظ في العشرة والخرق
في المعاملة وترك الرفق يعني فيه ترك حسن العشرة باهل الاسلام اذ فيه اهانة لاهل الاسلام فان من اعز
عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى • **قوله** الا للضرورة بان استعان بهم الامام في الحرب والذب
عن المسلمين وكالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه • **قوله** بالصفة التي تقدمت
وهي كهيئة الاكف جمع اكاف اذ السرج للغزاة • ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج لانهن لسن من اهل
الجهاد • وفي المحيط ويركبون على قربوس مثل الرمانة ولا يلبسوا طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا اردية
ولباسا مثل اردية المسلمين وثيابهم هكذا امر عمر رضي الله عنه واتفقت الصحابة على ذلك ولباس اهل
الشرف كالعمامة والدراعة والركاء وغيرها ويكون مكاعبهم خلاف مكاعبنا خشنة فاسدة اللون غير
مزينة تحقيرا لهم وتعظيما لاهل الدين • **قوله** ومن امتنع الى آخره وفي الواقعات الامتناع عن قبول الجزية
نقض بخلاف سائر الكبائر • قال الشافعي اذا امتنع من بذل الجزية وقبول احكام الاسلام ينتقض عهده ولا
بزناه بمسلمة او ان يصيبها بنكاح وان يفتن مسلما عن دينه او بقطع الطريق او يؤدي الى الكفار عينا
او يدل على عورات المسلمين او يقتل مسلما او به قال احمد ومالك • وقال مالك ينتقض باكراه المسلمة على الزنا
وبسب النبي عليه السلام او ذكر الله تعالى بما لا ينبغي للشافعي قولان • احدهما ينتقض والثاني لا • وفي شرح
الوجيز منع الجزية مع القدرة انتقاص للعهد وبالعجز لا • والامتناع عن اجراء الاحكام محاربا فلا اراه
ناقضا وان امتنع اتكالا الى قوة وعدة فينبغي ان يدعى الى الاسلام فان نصب القتال انتقض • وفي ذكر الرسول
بالسوء طريقان احدهما انه ينتقض فيه العهد بلا خلاف كالقتال • وفي الاخر ان ذكره بسوء يعتقده
ويتدين به بان قال انه ليس برسول او قتل اليهود بغير حق او نسبه الى الكذب فعند بعض الاصحاب لا ينتقض
عهده • اما لو ذكره بما لا يعتقده ولا يتدين به كالو نسبه الى الزنا او طعن في نسبه ينتقض به شرط عليهم
او لم يشرط وذكر الله تعالى على ذلك الخلاف فلو ذكره بما لا يليق بكبريائه مما لا يعتقدون به ويتدينون به
ينتقض العهد • وفيما يعتقده الذمي كثالث ثلاثة او العزير ابن الله فلا ينتقض العهد بلا خلاف وقال مالك
في سب النبي عليه السلام يقتل ان لم يسلم وبه قال احمد في رواية والشافعي في قول • **قوله** لا ينتقض ايمانه
يعني على تقدير انه لو كان مسلما ينتقض ايمانه لان عقد الذمة خلف عن الايمان في افادة الامان فما ينقض
الاصل ينقض الخلف الذي يطرئ الاول • وروى ابو يوسف عن حصين بن عبد الله عن ابن عمر ان رجلا
قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهد على هذا
قوله فالطاري اي الكفر الطاري لا يرفع مع ان المنع اسهل من الرفع • وقد روي عن عائشة انها
قالت ان رهطا من اليهود دخلوا على النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال عليه السلام وعليكم
فقالت عائشة فقلت لا بل عليكم فقال عليه السلام يا عائشة ان الله تعالى يحب الرفق في الامر كله فقا
الم تسمع ما قالوا قال عليه السلام قلت وعليكم ومعلوم انه لو كان من مسلم يصير به مرتدا ولم يقتلهم

ولم يقتلها النبي عليه السلام فعلم ان سبه عليه السلام منهم ليس بموجب للقتل وحديث ابن عمر اسناده
ضعيف وجاز ان يكون شرط عليهم ان لا يظهروا سبه عليه السلام • **قوله** فهو بمنزلة المرتد يعني اذا تاب
ورجع يقبل واذا لحق بدار الحرب التحق بالاموات • وعند الشافعي بعد انتقاض عهده الامام مخير بين
استرقاقه وقتله والمن والفداء لانه كافر حربي لا امان له كالحربي فلو اسلم قبل ان يختار الامام شيئا لا يجوز
استرقاقه بخلاف الاسير لانه لم يحصل في يد الامام بالقهر كذا في شرح الوجيز وبقوله
قال احمد ولا يبطل امان ذريته بنقض عهده بلا خلاف • وفي كل موضع لا ينتقض امانه به يقيم
حد او قصاص بلا خلاف • **قوله** وكذلك في حكم ما حمله يعني بعد نقض العهد لو لحق بدار الحرب فعاد
الى دار الاسلام واخذ من ماله وادخله دار الحرب ثم ظهر عليها فالورثة احق به قبل القسمة مجانا
وبعدها بالقيمة لان الملك للورثة بعد اللحاق فان عاد الحكم باللحاق وفي رواية يكون فيئا وفي رواية
قوله بخلاف المرتد بانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على الارتداد • ولذا يجوز وضع الجزية على الذمي
نقض العهد ولحق بدار الحرب بخلاف المرتد وهذا لان تقريره على كفره جائز وقتله غير لازم لانه التزم
احكام الاسلام لا الاسلام بالذمة فلا بأس بان يعود الى الذمة • **فصل** ذكر احكام
نصارى بني تغلب بفصل على حدة لما ان حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى بنو تغلب بن وائل من العرب
من ربيعة بن نزار انتقلوا في الجاهلية الى النصرانية فدعاهم عمر رضي الله عنه الى بذل الجزية فابوا
وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما ياخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا اخذ من مشرك صدقة
فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب
يانفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه
في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة على ذلك وقال به الفقهاء • ثم اختلفوا في هذا الواجب
جزية حتى لا يوخذ من نسائهم وصبيانهم لانه جزية في الحقيقة اذ الواجب عليهم الصدقة بالكتاب
فاذا صالحوهم على شيء جعل واقعا مما استحق يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال
اصحابنا واحمد هو واجب بشرائط الزكوة ولهذا يعتبر الشافعي النصاب فيه والصلح وقع على
تضعيف الزكوة ومن قضية التضعيف ان يعم مواضع الصدقة ولا يتبدل الشروط والاسباب
فجعل الواجب في حقهم بشرائط اذ الصلح وقع على ذلك والمرأة من اهلها فيجب عليها ولا يجب على الصبيان
والمجانين لعدم وجوب الزكوة في حقهم عندنا وعند احمد يجب عليهما كالزكوة • **قوله** وجوب مثله
اي مثل مال وجب بدل الصلح فيجب عليهما • **قوله** والمصرف مصالح المسلمين لان الماخوذ منهم شرائط الجزية
من الاخذ بوصف الصغار وغيره من بذل القبول من النايب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ
التلبيب والهز • **قوله** على مولى التغلبي اي معتقه • قوله بمنزلة مولى القرشي يعني لا يوخذ الجزية
والخراج من القرشي ويوخذ من مولاه فكذا ههنا ولا خلاف لغير زفر من الفقهاء • **قوله** ولنا ان هذا اي وضع
المضاعفة تخفيف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار وكان ذلك باختيارهم ورضاهم والمولى
لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا ترى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولو كان المسلم مولى نصراني يوضع عليه
الجزية فاذا لم يتعد التخفيف الثابت للتغلبي اولى كالتخفيف الثابت للقرشي لا يتعدى الى مولاه والحق
مولى الهاشمي به في حقه اي في حق تحريم الصدقة كرامة وتنزيها للهاشمي وان ينتمي اليه من الاوساخ
قوله لان الغني من اهلها اي من اهل الصدقة وان كان فيها اوساخ الناس ولهذا لو كان عاملا وابن
السبيل يجوز له اخذ الزكوة بخلاف الهاشمي • واما الحديث فغير مجرى على عمومه بالاجماع فان الهاشمي
لا ينزل منزلته في الكفاءة وهذا مولى القرشي كما بينا فنحمله على معنى التناصر والتعاون او على حرمة الصدقة

لانه السبب فقد روي انه عليه السلام استعمل ارقم بن ارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم منهم قال شمس الائمة القياس في الكل سواء الا ان الحديث ورد في حرمة الصدقة على خلاف القياس فيقتصر عليه وهذا ليس في معنى ما ورد به النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة النبي عليه السلام في الحاق موالاهم به ومولى التغلبي ليس من ذلك من شيء • **قوله** القناطر والجسور في المبسوط الجسر ما يوضع ويرفع والقنطرة ما احكم بناؤه فلا يرفع ولا يخمس الجزية والخراج عندنا وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد يخمس وقد مر • **قوله** وفي نصف السنة فلا شيء له من العطاء والعطاء ما يكتب به للغزاة في الدواوين ولكل من قام بامر الدين وكذا اذا مات في اخر السنة لا يستحق العطاء ويكن يستحب صرفه فيما اذا مات في اخر السنة الى قريبه لانه قد اوفى عناه فيستحب صرفه الى قريبه لانه اقرب الى الوفاة ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه في اخر السنة يعطى ولو اخذ في اولها ثم عزل او مات قبل مضيها **قيل** يجب رد ما بقي من السنة • **وقيل** على قياس نفقة المراة لم يجب • وقال محمد احب الي رد الباقي كما لو عجل لها نفقة لتتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود • وعندهما الفاصلة من وجه فينقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضي خان والتمرتاشي **قوله** واهل العطاء في زماننا انما قال ذلك لانه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار •

كتاب احكام المرتد عن الاسلام

المرتد عن الاسلام لما ذكر احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر العارضي • المرتد هو الراجع عن دين الاسلام الى الكفر • قال تعالى ومن يرتد منكم عن دينه الآية • واجمع اهل العلم على وجوب قتل المرتد اذا لم يتب • **قوله** على ما قالوا اي المشايخ لانه كافر بلغته الدعوة وتجديد الدعوة في حقه مستحب وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد وقال في قول تجب وبه قال احمد لما روي انه عليه السلام امر ان يستتاب ويطلق الامر للوجوب • **وقلنا** قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولم يذكر استتابته ولانه كافر بلغته الدعوة كما ذكرنا وامره يجوز ان يكون بطريق الاستحباب **قوله** تاول الاول وهو قوله يحبس ثلثة ايام • قوله وامره يستمهل اي يطلب المهلة يمهل ثلثة ايام اما اذا لم يطلب فالظاهر انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب كما ذكرنا انه كافر بلغته الدعوة وفي الكافي يقتل من ساعته في ظاهر الرواية • وعن ابي حنيفة وابي يوسف يستحب للامام ان يؤجله ثلثة ايام طلب او لم يطلب • **قوله** ضرب لابلاء الاعذار كما في شرط الخيار وقصة موسى عليه السلام والعبد الصالح **فان قيل** لا مدخل للراي في التقديرات • **قلنا** هذا اثبات الحكم بالدلالة لا بالقياس فاورد النص في خيار البيع بثلاثة ايام للتامل في اختيار الجيد • وههنا ايضا للتامل ومدة الاستتابة ثلثة ايام عندنا ومالك واحمد والشافعي في اصح قوليه ان تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهو اختيار ابن المنذر وعن علي انه يستتاب شهرا وقال الثوري يستتاب ما رجي عوده وقال الثوري يدعى ثلاث فان ابى قتل • وقال النخعي يستتاب ابدا وهذا يقتضي ان لا يقتل ابدا وهو مخالف للسنة والاجماع • ولنا ما روي ان رجلا من قبل ابي موسى قدم على عمر فقال له هل من مغربة خبر قال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال ما فعلتم به قال ضربنا عنقه قال عمر رضي الله عنه فهلا حبستموه ثلثا واطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب فقال عمر اني لم احضر ولم آمر ولم ارض • وفي المبسوط وان ارتد ثانيا وثالثا يستتاب وبه قال اكثر العلم لقوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة فخلوا سبيلهم • وعن ابن عمر وعلي لا تقبل من كررت ردته كالزنديق وبه قال مالك واحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم • وفي الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد وفي رواية تقبل كقول الشافعي والخلاف في حق احكام الدنيا في ترك القتل اما تقبل في الباطن اي بينه وبين الله بلا خلاف قال تعالى في المنافقين الا الذين تابوا واصلحوا الى قوله فاولئك مع المؤمنين الآية • **وقلنا** الآية في حق من ازداد كفرا لا في حق من آمن واظهر التوبة وان كان في الرابعة لقوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا • وقال تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف • وعن ابي يوسف رضي الله عنه لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة وهو ان ينتظر فاذا اظهر كلمة الشرك يقتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف • وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز **قوله** ولانه كافر حربي لانه ليس بذمي ولا مستامن اذ لا تقبل الجزية منه وما طلب الامان فكان حربيا فيقتل لاطلاق النص **قوله** ان يتبرأ الى اخره ولكن بعد اتيانه بكلمة الشهادة ذكره في الايضاح • وفي المنية وهو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة • وفي الكافي لو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود • **قوله** ومعنى الكراهة ترك المستحب لان في القتل تفويت الغرض المستحب وعند من قال بوجوبها الغرض يحرم قتله • **قوله** والمرتدة لا تقتل اما لو قتلها قاتل لم يجب عليه شيء سواء كانت حرة او امة ذكره في المبسوط وقال الشافعي تقتل وبه قال مالك واحمد والليث والزهري والنخعي والاوزاعي ومكحول وحماد واسحق لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه رواه البخاري وابو داود ومن يعم الرجال والنساء ولقوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلث الحديث متفق عليه وروى الدارقطني ان امراة يقال لها ام مروان ارتدت فامر عليه السلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت **قوله** يشاركها اي ردة الرجال فيه اي في التغلظ اذ الانكار بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار واذا شاركتها شاركتها في موجبها وهو القتل كالزنا مع الاحصان **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء فقال لا تقتلوا امراة ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية لا نهاية لا تقتل بالكفر الاصلي فبالطاري بالطريق الاولى كالصبي ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء • وما عجل في الدنيا سياسة شرعت لمصالح العود الينا كالقصاص وحد القذف والسرقة وشرب الخمر لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول وانما عدل عنه في الرجل لدفع شر ناجز وهو الحراب وهو معدوم في المراة اذ بنيتها لا تصلح للحراب • توضيحه ان قتل المرتد لا باعتبار الجزاء على الردة بل هو مستحق باعتبار الاصرار على الكفر المفضي الى الحراب • ولهذا لو اسلم سقط لانعدام الاصرار وما كان استحقاقه بطريق الجزاء لا يسقط بالتوبة كالحدود فانها لا تسقط بالتوبة بعد ثبوت اسبابها فعلم ان قتل المرتد لدفع الحراب واما قوله عليه السلام من بدل دينه عام مخصوص بدليل ان الكافر بالاسلام لا يقتل مع انه بدل دينه ولهذا لم تقتل ابو بكر رضي الله عنه نساء بني حنيفة • والمرتدة تسترق عندنا اذا لحقت بدار الحرب ذكره في الاسرار • ولهذا استرق ابو بكر نساء بني حنيفة واعطى عليا منهم امراة فولدت له محمد بن الحنفية وكان هذا بمحضر من الصحابة وكان اجماعا على عدم قتلها • وعند الحسن البصري وقتادة تسترق ولم تلحق بدار الحرب • قال شمس الائمة ما دامت في دار الاسلام لا تسترق في ظاهر الرواية • وفي النوادر عن ابي حنيفة انها تسترق قال الترجماني لو كان الزوج عالما استولى عليها فيكون فيئا للمسلمين ثم يشتريها من الامام ويصرفها الامام اليه ان كان مصرفا فلو في

مفتى بهذه الرواية حسما لهذا الامر لا باس به قال صاحب القنية وفي زماننا بعد فتنة التتر العامة
صارت هذه الولايات التي غلبوا عليها واجروا احكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان •
ونحوها صارت دار الحرب في الظاهر فلو استولى عليها الزوج بعد الردة يملكها ولا يحتاج الى شرائها
من الامام فيفتى في دم بحكم الروح حسما لكيد الجهلة على ما اشار اليه في السير الكبير وفي شرح الطحاوي
افتى الدبوسي والصفار وبعض اهل سمرقند لعدم الفرقة بالارتداد حسما لباب المعصية ويجبر على
الاسلام وعند اخرين لو وقعت الفرقة يجبر على تجديد النكاح وليس لها ان تتزوج الا بزوجها وتعزر
خمسة وسبعين قال قاضي خان وبهذا يفتى وعند الائمة الثلاثة لا تقتل كما قلنا • قوله لما فيه اي
المولى جمع بين الحقين وهو حق المولى من الاستخدام وحق الشرع وهو الجبر على الاسلام وفي الايضاح
قال ابو حنيفة ان احتاج المولى الى خدمتها دفعها القاضي اليه وامره ان يجبرها على الاسلام
وارسل اليها القاضي كل يوم يهددها ويضربها اسواطا حتى تموت او تسلم • والصحيح ان يدفعها الى المولى
احتاج او استغنى طلب ام لا لان الحبس تصرف فيها وذا الى المولى • وعن الحسن ان المرتدة تضرب كل يوم
تسعة وثلثين سوطا حتى تموت او تسلم وكذا في الامة • قوله زوالا مراعا اي محفوظا موقوفا حتى يتبين
حاله وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد في رواية وعند ابي يوسف ومحمد لا يزول وبه قال
الشافعي في قول واختاره المزني واحمد في ظاهر روايته وقال ابن المنذر اكثر اهل العلم على انه لا يزول
بمجرد الردة لانه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه
كالمقضي عليه بالرجم والقود • قوله وله اي لابي حنيفة انه اي المرتد حربي يعني المالكية عبارة عن القدرة
والاستيلاء • وانما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه بالردة لانه يصير بها حربيا
حتى يقتل فكذا عصمة ماله لانها تابعة للنفس في العصمة وهذا معنى قول المصنف وهذا اي كونه حربيا
يوجب زوال ملكه ومالكيته لانه مالك حكما فصار كالهالك حقيقة وثمه زوال ملكه ومالكيته •
بالحرب عطفا على ملكا ويرجى عوده اليه اي الى الاسلام لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فيتوقف •
بين الحكم وهو زوال الملك فتنبه لان في احباط عمله من الطاعات كلها • وفي وقوع الفرقة بينه
وبين امرأته وفي فرضية تجديدها وكونه حربيا • قوله فعمل السبب وهو الردة او كونه حربيا عمله وزال
ملكه اي مستندا الى وقت الردة كما في البيع بشرط الخيار للمشتري • قوله وقال الشافعي في كلاهما في رواية
مالك واحمد لانه مات كافرا وقال عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولانه لا يرث احدا فلا يرثه احد •
كالرقيق ولان اتحاد الملة سبب التوريث وهو مال حربي لا مان له فيكون فيئا • وقلنا انه كان مسلما
ما كان له فاذا تم هلاكه تخلفه وارثه في ماله كما لو مات المسلم وهذا لان الردة هلاك الا ان تمامه
بالموت او القتل فاذا تم استند التوريث الى اول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم •
فيه فيكون توريث المسلم من المسلم اذ الحكم عند تمامه السبب يثبت من اول السبب كالبيع بشرط الخيار اذا
اجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوايده المتصلة والمنفصلة • قوله على ما بينا وهو
قوله انه مكلف محتاج لا يزول ملكه قوله ويستند الى التوريث وبه صرح في المبسوط اي ما قبل الردة
فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن الاستناد في كسب الردة قبلها اي قبل الردة ولا عندها ومن شرطه
اي من شرط الاستناد وجوده اي وجود الكسب قبلها او عندها فلو ثبت منه حكم التوريث لثبت مقصورا
على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر • وفي المبسوط في جواب الشافعي ان المسلمين
يستحقون باعتبار الاسلام وورثته ساووا المسلمين في الاسلام وترجحوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين
مقدم على ذي سبب واحد فكان الصرف عليهم اولى • الا ترى ان الاخ لاب وام مقدم على الاخ للاب في العصوبة

قوله

قوله في رواية عن ابي حنيفة اختلفت الروايات عن ابي حنيفة فروى الحسن عنه ان من كان وارثا له
وقت ردته او ولد له من علوق حادث وبقي الى موته يرثه ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو اسلم بعض
قرابته بعد ردته او ولد من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية لان سبب التوريث الردة
فمن لم يكن موجودا عند ذلك السبب لم ينعقد له سبب الاستحقاق وفي حق من انعقد السبب يشترط
بقاؤه الى وقت تمام الاستحقاق فاذا مات قبل ذلك بطل السبب في حقه • وروى ابو يوسف عنه
انه تعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد لان الردة في حكم التوريث
كالموت ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن تخلفه وارثه
فيه وهذا مثله • وروى محمد عنه انه يعتبر من يكون وارثا عند الموت سواء كان موجودا عند الردة او
حدث بعدها وفي المبسوط وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود عند ابتداء
العقد في انه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن فكذا ههنا قوله وهي في العدة وفي
رواية ابي يوسف ترث وان انقضت العدة لان عنده يعتبر قيام السبب وقت الردة ذكره في المبسوط فان
قيل لما كانت الردة موتا حكما فينبغي ان ترث المدخولة وغير المدخولة كما في الموت الحقيقي • وفي
انقضت عدتها وقت الموت وههنا لم ترث المرأة اذا كانت الردة قبل الدخول • قلنا جعلت
الردة موتا حكما ليكون توريث المسلم عن المسلم اما هو حي حقيقة ولهذا اعتبر بالحيض دون الاشهر واذا كان
كذلك لا ترث غير الموطوءة والتي انقضت عدتها وقت الموت لان حكم التوريث وان استند الى وقت الردة
لكن يتقرر عند الموت لانه بعد الردة حي حقيقي اليه اشير في المبسوط قوله لانه اي المرتد يصير فارا
وان كان صحيحا لان الردة بمنزلة مرض الموت لافضائها الى الهلاك فكان هو مبطل حقها بالارتداد فاعتبر
فارا وهذا يعضده قول محمد فانه ينفذ تصرفه كما ينفذ من المريض • اما اذا كان الردة مريضا فلا اشكال
فيه كذا في الفوائد الظهيرية • قوله لا جراب منها ومعنى هذا ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة
لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا لا تزول عصمة مالها فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثا لورثتها
بخلاف المرتد عند ابي حنيفة فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المال باللحاق • قوله
لقصدها ابطال حقه بعد تعلق حقه بمالها اذا كانت مريضة فصارت فارة كما اذا قصد ابطال حقها
بماله صار فارا • فان قيل فرار الزوج انما يتحقق اذا مات وهي في العدة • ولهذا لو طلقها قبل
الدخول في مرضه لم ترث لانها ليست في عدته • وههنا لا عدة للرجل فينبغي ان لا يرثها لانها بمنزلة
الردة بانت منه وهي لا تقتل • فلو قلنا بالتوريث كان فيه توريث المسلم من الكافرة • قلنا
القياس كذلك الا انا استحسنا وقلنا بميراثه منها لتعلق حقه بمالها بمرضها وكانت بالردة قاصدة
ابطال حقها فارة عن ميراثها فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج وجعل توريث المسلم من المسلمة
بخلاف الصحيحة اذا ارتدت فانها بالردة ما ابطلت حقه لعدم تعلقه بمالها اذ ردتها لا تكون مفضية
الى القتل فلا يجعل كالمرض فلا يجعل فارة اليه اشير في سير المبسوط • قوله وحكم الحاكم بلحاقه • وفي
المحيط وجامع شمس الائمة قبل القضاء باللحاق لهذه الاحكام وانما يشترط قضاؤه ليثبت من احكام
الموتى وعند عامة العلماء القضاء باللحاق شرط ثبوتها على قضائه بهذه الاحكام اليه اشار محمد في كثير
من المواضع • قوله وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما في دار الاسلام وتحفظه الحاكم له وبه قال
مالك واحمد لانه اي لحاقه بدار الحرب نوع غيبة فلا تعتبر به حكم ماله كما لو كان مترددا في دار الاسلام
اذ الداران في حكم دار واحدة وقد ذكرناه • ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما
فالتحق بالاموات اذ الحربي في دار الحرب كالميت في حق المسلمين يدل عليه تعالى او من كان ميتا فاحييناه

اي كافرا بقضائنا **قوله** ولا بد من القضاء ليترجح جانب عدم العود • قوله وبقي اي الاحكام المذكورة ما ذكرناها وهو قوله عتق مدبروه الى اخره • قوله لان اللحاق هو السبب اي لزوال ملكه بالردة فيعتبر كونه وارثا عند اللحاق **قوله** لانه اي اللحاق يصير موتا بالقضاء لان اللحاق في الحقيقة غيبة وانما يصير موتا بالقضاء فيعتبر كونه وارثا عند القضاء • قوله فهي على هذا اي المرتد باللحاق على ما ذكرنا من الخلاف في المرتد • قوله وهذا هو التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة وهو رواية زفر عنه وعنه اي عن ابي حنيفة انه يبدا الى اخره وهو رواية الحسن عنه وعنه ٢ اي عن ابي حنيفة وهو رواية ابي يوسف عنه على العكس اي يبدا بكسب الردة • قوله يقضي منه اي كسب الردة • وقوله كالذمي جواب عن سؤال يرد عليه وهو ان كسب الردة مال لم يكن مملوكا له كيف يودي دينه منه اذ لم يكن له كسب الاسلام • فقال هذا غير بعيد فان الذمي اذا مات ولا وارث له لم يتوله بيت مال ويكون ملكه لعامة المسلمين • ومع ذلك له دين يقضي منه • وفي المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الردة خالص حقه • **فان قيل** يزول ملك المرتد وقد قال في مواضع فكيف يستقيم قوله وهو خالص حقه **قلنا** المراد خلوص الحق منا ان لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال اليتيم المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب له وخالص حقه وليس ملك وكذا اذا مات لا وارث له على ما ذكرنا وهو خالص حقه ولا مالك له فيه كذا قيل وفيه نوع تامل والاولى ان يقول قوله من الكسبين اي كسب الاسلام والردة وبه قالت الائمة الثلاثة • قوله وهذا اي كون التصرفات موقوفا على قول ابي حنيفة وبه قال احمد والشافعي ان تصرف بعد الحجر عليه • وقال مالك وابو بكر الحنبلي تصرفاته باطل وبه قال الشافعي في قول **قوله** ما صنع في الوجهين احدهما الاسلام والثاني احد الوجوه الثلاثة من الموت والقتل واللحوق • قوله كالاستيلاد والطلاق • **فان قيل** بالارتداد وقعت الفرقة فكيف يتصور الطلاق من المرتد • **قلنا** ذكر في المحيط ان الفرقة التي تقع بالارتداد يقع بعد الطلاق فكان طلاق المرتد واقعا كما لو طلقت بالابانة بالطلاق البائن وتمامه في النكاح وفي الكافي وصورته فيما اذا ارتدا معا لانه اي الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك ولهذا يثبت في جارية الابن • **قوله** وتمام الولاية اي الطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية حتى صح من العبد مع قصور ولايته وكذا تسليم شفعته وحجر على العبد الماذون نافذ لان كل واحد اسقاط **قوله** لانه اي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة بلا خلاف بين العلماء ولا ملة له اي للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر لما انتقل اليه • **فان قيل** ايش يريد بالملة ان اردت ملة الاسلام ينتقض بأهل الكتاب وان اردت بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المشرك والمجوس فيما بينهم وليس لهم ملة سماوية اصلا لا مقررة ولا محرفة • **قلنا** قال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح • قال الامام ظهير الدين في فوائده راجعت الفحول في هذا فلم اجد جوابا شافيا وكنت في ذلك متملا حتى حدث في فؤادي وقال المعنى من الملة التي يدينون بذلك النكاح المتوارث لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح بخلاف المجوس والمشركين فانهم يدينون بذلك النكاح التوارث **قوله** كالمفاوضة يعني اذا فاوض مسلما توقف عقد المفاوضة بالارتداد وفي الكافي وكذا شهادته موقوفة وكولايته على اولاده الصغار والمفاوضة فلو اسلم نفذت مفاوضته ولو مات او قتل او لحق وقضى بلحاقه بطلت المفاوضة بالاتفاق ولكن يصير عنانا وعند ابي حنيفة يبطل ابتداء لا انه في العنان وكالة وهي موقوفة • **قوله** ولو مات ولدي اي ولد المرتد ايضاح ان الردة ليست كالموت

من كل وجه وان اهلية المرتد للملك باقية وانما قيد الولد المولود بعد الردة وان كان الحكم في المولود قبل الردة كذلك ايضا لدفع شبهة عسى ترد بان يقال انما ورث المرتد ولده المولود قبل الردة لانه انتقل اليه ارثه قبل الردة • **وقيل** ما ذكر في المتن انما يستقيم في رواية من اعتبر الاهلية عند الارث اما في رواية من اعتبر اهلية الارث اما في رواية من اعتبر اهلية الارث عند الردة لا يرث هذا الولد • **قوله** كما يصح من الصحيح لانه متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بسبب مستحق عليه مرغوب فيه فلا يصير في حكم المريض كمن قصد ان يلقي نفسه من شاهق الجبل لا يصير في حكم المريض وكذا المقضي عليه بالرجم او القصاص لا يصير كالمريض ما دام في السجن بالاتفاق لتمكنه من دفع الهلاك عن نفسه بادعاء شبهة فالمرتد اولى لان دعوى الشبهة هناك متردد في القبول وههنا يقبل قطعا • **قوله** كما يصح في المريض ولهذا ترث زوجته بحكم الفرار وذا لا يتحقق الا في المريض • **قوله** على ما قررناه وهو قوله وله انه حربي مقهور الى اخره • قوله بناء عليه اي على توقف الملك يوضحه ان المرتد هالك حكما والهلاك الحقيقي ينافي مالكية المال ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذا الهلاك الحكمي واذا توقف الملك توقف على ما يبتني عليه من التصرفات كما في الحربي الداخل بغير امان يتوقف تصرفه لتوقف حاله بين القتل والاسلام كالحربي المقهور يتوقف تصرفه لتوقف حاله بين القتل والاسترقاق والمن • واستحقاق القتل في الصورتين لزوال عصمته فيهما فاوجب خللا بخلاف المقضي عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الاسلام حتى لو قتله غير ولي القصاص بغير اذنه يقتل القاتل وانما يستحق ما هو من حقوق تلك العصمة فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ولان تاثير الردة في نفي المالكية فوق تاثير الرق • فان الرق ينافي مالكية المال ولا ينافي مالكية النكاح والردة تنافيهما فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار عدم المالكية فيهما اولى كذا في المبسوط وجامع قاضي خان • **قوله** في الفصلين اي فصل الحربي والمرتد وسبب العصمة كونه ادميا مسلما وقد بطل ذلك بالكفر فصار كالجماد والحيوان وفي جامع ابي اليسر الا ان ما قاله ابو يوسف ومحمد اولى والحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمي الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم • **قوله** فيقدم عليه اي على الوارث ولا خلاف فيه لاحد قال الحلواني لو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه كذلك الا انه خلاف العادة **قوله** ما ازاله الوارث عن ملكه بحيث لا يقبل لانه ازاله في وقت كان يستبد من الازالة فنفذت الازالة ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية فانه لو كان في دار الاسلام يحكم بموته حقيقة فكذا بموته حكما فاذا قضى بعتقهن عن ولاية فانه لو كان في دار الاسلام بولايته نفذ قضاؤه والعتق بعد وقوعه لا ينفسخ فصار كالوفات حقيقة ثم احياه الله تعالى كذا في جامع قاضي خان • **قوله** بدليل مصحح اي للقضاء وهو الردة واللحاق لانه كالموت فلا ينقض اي القضاء وكانه لم يرتد بفتح الزاي اي كانه لم يزل في حق زوال ملكه لما ذكرنا وهو قوله لانه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء فلا بد من القضاء فاذا عاد تكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم اي لا يعتقون وما كان من الديون عليه فهي الى اجله كما كانت لعدم تقرر الموت قبل القضاء كذا في جامع قاضي خان • وفي الكافي وهذا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض وقضى بفسخ البيع لا يبطل قضاؤه بعوده من الاباق ولو لم يقض بالفسخ جعل كانه لم يأبق حتى يبقى العقد على هيئته **قوله** لاكثر من ستة اشهر • وفي جامع فخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والكافي لستة فالحقوا بالستة بالاكثر وانما قيد بالاكثر لانه لو جاء بالاقل من ستة اشهر فالولد يرث من ابيه المرتد وان كانت امه نصرانية للتيقن بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب ذكره قاضي خان وقيد بالنصرانية لان الامة لو كانت مسلمة

ورثه الابن مات على الردة او لحق لما قلنا وهو ان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك فصحت دعوته وثبتت
حقيقة الحرية للولد وحق امية الولد للامة فالولد تبع له اي للاب المرتد لانه اقرب الى الاسلام من النصرانية
لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية ولا يجعل الولد مسلما تبعا للدار كذا ذكر شمس الائمة وقاضيخان •
ولا يشكل بولد اذا ارتد ابواه فانه يبقى مسلما ما دام في دار الاسلام باعتبار الدار مع وجود الابوين لانا جعلناه
مسلما قبل ارتداد ابويه باعتبار التبعية فيبقى ما كان على ما كان ولا يصير مرتدا بارتدادهما بخلاف
ما نحن فيه فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام بل يثبت ابتداء اسلامه في حال كفرهما وترجح تبعيتهما على
الدار عند الابتداء لا حالة البقاء كذا في الايضاح وجامع شمس الائمة • **قوله** والمرتد لا يرث المرتد
ولا احدا لانه لا ملة له ولا ولاية لانها كرامة وهو مهان والارث من باب الولاية • **قوله** والمسلم
يرث المرتد اذا كان الولد مسلما يرث المرتد في الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى
حالة الاسلام فيكون فيه توريث المسلم عن المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان
الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم بهذا ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة
وهو من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا عند الردة او حدث بعدها • **قوله** فهو اي ذلك
المال فيء دون نفس المرتد ويجوز ان يكون ماله فيئا دون نفسه كمشركي العرب وبه قالت الائمة
الثلاثة الا انهم قالوا ماله وملكه في دار الاسلام له ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه ولا يورث
كما ذكرنا • **قوله** رد عليهم خلافا للائمة الثلاثة فان عندهم مباح وملك المرتد باق ولا يورث قوله
بقضاء القاضي بلحاقه وهذا ظاهر اما لو لم يقض بلحاقه حتى عاد واخذ المال ودخل به دار الحرب
ثم ظهر على الدار ففي ظاهر الرواية وهو رواية الجامع ترد على الورثة ايضا • **قيل** لو قضى بلحاقه
اذ الظاهر انه لا يعود بعد اللحاق فكان ميتا ظاهرا الا ان القضاء بلحاقه شرط لترجيح جانب عدم العود
فيتقرر موته فلما خرج الينا معتبرا ورجع بماله ظاهر انه لا يريد الرجوع الينا فيتقرر موته من حين اللحوق •
فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فكان ذلك مال الورثة • وفي بعض روايات السير يكون فيئا
لا بمجرد اللحوق لا يصير المال ملكا لورثته • **قوله** مكاتبه اي الابن فالكتابة جائزة خلافا للائمة الثلاثة
والمكاتبة اي بدل الكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم بخلاف ما لو رجع بعد عتق المكاتب فان الولاء فيه
للابن بدليل منفذ وهو القضاء باللحاق فاذا عاد مسلما فقد ثبت له حكم الاحياء فلا يخلفه وارثه •
لان الوارث انما جعل خليفة عنه لاستغنائه وبعد العود ارتفع الاستغناء ووقعت الحاجة فبطلت
الخلافة وجعل الابن كنائب عنه • وحقوق العقد في الكتابة ترجع الى المنوب وجعل هكذا لا ان الملك
انتقل من الابن الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك اليه اشار شمس الائمة • **قوله**
وقالا في كسب الاسلام والردة وفي بعض النسخ جميعا • وبقولهما قالت الائمة الثلاثة • وكذا لو كان حربيا
في دار الاسلام فالدية في ماله • **قوله** لانعدام النصرة اذ المسلم لا ينصر الكافر والعواقل باعتبار النصرة
وقد عدمت فيكون في ماله • قوله وعنده ماله المكتسب ماله ابتداء والمكتسب خبر لا صفة اذ المعنى
لا يستقيم على تقدير الصفة • قوله اما الاول وهو ما لو مات على ردته • **قوله** فاهدرنا اي السراية
اذ لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية في الخطا لان القطع صار قتلا فاذا اهدر السراية يضمن
دية اليد دون النفس • **قوله** ومات من ذلك اي من القطع فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان
معصوما وقت السراية ولا يعتبر حالة السراية لان الجناية متى صارت هدرا لا يلحقه الاعتبار • قوله
قد تهدر بالابراء ولذا بالاعتاق وبالبيع ايضا حتى لو قطع يد عبد انسان ثم باعه مولاه ثم رد عليه
بعيب فالجاني لا يضمن للبائع ضمان النفس لانه لما باعه فقد ابراه عن ضمان السراية من حيث البيع ذكره

في الفوائد

في الفوائد الظهيرية فهو لا حقيقة ولهذا اجبر على الاسلام ان كان بالغا بالحبس لا بالقتل خلافا لمالك
لان ارتداده لم يكن عن اعتقاد بل كان بطريق الاستتباع فلا يستوجب القتل وما ثبت ضرورة يكون عدما
فيما وراء الضرورة ولا ضرورة في حق ولد الولد فلا تظهر ردة الولد في حقه فلا يجعل مرتدا تبعا له وروى
الحسن عنه انه يجبر تبعا للجد اذ الجبر على الاسلام كالاسلام وكذا الولد يتبع الجد في الاسلام في رواية الحسن
كذا في الجزاز التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا بمنزلة الاب في النكاح
وبيع مال الصغير • **قوله** والثانية صدقة الفطر فان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر
فطرة الحافد عليه وصورة جر الولاء اذا اعتق الجد • والحافد حر وامه معتقة الغير وولاؤه لمولى امه
والاب عبد فهل يعتبر ولاء الحافد لمولى الام لا • وصورة الوصية للقرابة ان اوصى رجل لذوي قرابته
لا يدخل الولدان فيها ويدخل الجد في ظاهر الرواية • وفي رواية الحسن لا يدخل كذا في جامع قاضي
خان والفوائد الظهيرية • **قوله** ارتداد الصبي الذي يعقل الى اخره فقال مالك واحمد في ظاهر
روايته كقولهما في ردته وصحة اسلامه **قوله** ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان بلغ كافرا ولكنه يحبس
كذا ذكره التمرتاشي • وعند مالك واحمد يقتل اذا بلغ ولم يرجع صار اهلا للعقوبة وقال ابو يوسف
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وبه قال احمد في رواية وسحنون المالكي • وفي المحيط عن ابي
مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة رجع الى قول ابي يوسف قال ابن المنذر بهذا الخلاف في الصبي المميز •
ولا خلاف لاهل العلم في الذي لم يعقل انه لا تصح ردته ولا اسلامه اذ لا حكم لكلامه كالمجنون •
قوله انه اي الصبي تبع لابويه فيه في الاسلام فلا يجعل اصلا فيه لاستحالة ان يكون تبعا ومتبوعا
في حكم واحد ولان التبعية سمة العجز والاصالة دليل القدرة وبين العجز والقدرة تناف وتضاد ثم
اسلامه يصح بطريق التبعية بالاجماع فلا يصح بطريق الاصالة ولانه يلحقه احكاما المضرة كحرمان
الارث والفرقة بينه وبين امراته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق • **قوله** وانجاز اي انجاز علي
بذلك مشهور حتى كان يقول سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي • **وقيل** اول من اسلم من
الرجال ابو بكر ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي ومن العبيد بلال واختلفت الروايات في
سنه حين اسلم وحين مات فقال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس ومات وهو ابن ثمان وخمسين لانه
دعاه الى الاسلام في مبعثه ومدة البعثة ثلاثة وعشرون سنة والخلافة بعده ثلثون تمت بموت
علي فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين يصير ثمانيا وخمسين • وقال القتبي اسلم وهو ابن سبع سنين
ومات وهو ابن ستين بهذا الطريق ايضا • وفي الكافي والتعلق به مشكل اذ لم ينقل انه عليه السلام
صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة وان قلت صحته في احكام الاخرة فهذا
مسلم ولا كلام فيه وانما الكلام في احكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما • **قلنا**
هي حكاية حال فلا عموم له واحكام الاخرة مراده فلا يرد عنه • اجيب انه عليه السلام صحح صلاته
وصومه وغزوه حتى اعطى له السهم فعلم انه عليه السلام صححه في احكام الدنيا ايضا ولانه اتى بحقيقة
الاسلام اذ هو تصديق بالجنان واقرار باللسان وهو من اهله فوجب ان لا يرد كالبالغ اذ الكلام في
صبي عاقل يفهم الحجة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد صلى الله عليه وسلم حتى اذا ناظر افحم الموحد
والحجم الملحد والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه الا ترى
انه مع الصبا اهل للرسالة قال تعالى وآتيناه الحكم صبيا ثم بعد وجود الشيء من اهله حقيقة اما
ان تسقط اعتباره بحجر شرعي والحجر عن الاسلام باطل او لا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب
للفوز الابدي فكان محض منفعة في الدنيا والاخرة وهو الحكم الاصلي الموضوع له ثم قد يبتنى عليه

حرمان الارث والفرقة فلا يبالى بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية الا ترى
ان الصبي اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما تمحض نفعا لا فيما يشوبه ضرر وكونه مولياً عليه لا
ينفي كونه وليا بل ثبت الامران لينتفع بهما وهذا لانه لما كان قاصر الاهلية صلح مولياً ولما كان صاحب
اصل الاهلية صلح وليا فمتى جعلناه وليا لم نجعله مولياً عليه ومتى جعلناه مولياً عليه لم نجعله
وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون تبعا لابويه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما
باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة • ولان الجمع بين معنى التبعية والاصالة انما لا يجوز اذا كان بينهما مضادة
فاما اذا تايد احدهما بالآخر فذلك يستقيم كما في المراة تسافر مع زوجها وتنوي السفر فهي مسافرة بنيتها
مقصودة وتبع لزوجها ايضا كذا في المبسوط **قوله** وهما اى لابى يوسف وزفر والشافعي انها اى الردة
مضرة اى من التصرفات الضارة المحضة والصبي لا يؤهل للضار المحض كالهبة • **قوله** كما قلنا في
الاسلام • **فان قيل** لا يستقيم هذا القياس لان الردة ليست نظير الاسلام لما ذكرنا انه نفع محض
والردة ضارة محضة فكيف يستقيم قياس احدهما بالآخر الا ترى ان الهبة لا تصح بالاجماع وقبول الهبة
تصح لانه نفع محض ورده باطل لانه ضرر محض • **قلنا** هذا انما اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته
بعد ذلك لا يعتبر انه نفع او ضرر وهذا لان الردة جهل بخالقه وجهله في سائر الاشياء يعتبر حتى لا يجعل
عارفا اذا علم جهله فعلم ان قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث اعتبار الشيء بعد وجود حقيقته وبعذر
الصبا لا يجعل ما وجد منه حقيقة غير موجودة فانه اذا صام او اكل عمدا يتعدم الصوم لوجود حقيقة
الاكل ولا يعذر لعذر الصبا • ولان من ضرورة كونه اهلا للعقد اهلا لرفعه كما انه اذا كان اهلا لعقد
الاحرام كالصلوة كان اهلا للخروج منهما وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره الا
ترى ان ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد ابواه ولحاقه بدار الحرب وضررهم على الخلاف قال الامام
السرخسي ولو لم يقض بلحاقه فهو بمنزلة الغيبة في بقاء املاكه وحقوقه اذا كان مسلما **قوله** فان لم
يلحق اي بعد القطع واسلم او لحق ولم يقض بلحاقه ثم عاد مسلما ثم مات **قوله** لم ينقلب بالاسلام الى الضمان
لان الردة معنى لو مات عليه لم يجب السراية فكذا اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم
اشتراه او تناقضا البيع ثم مات لم يجب الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب
بالسراية شيء ولان البيع معنى يقطع الملك في النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس اصلا
وقلنا الردة ليست بابراء عن ضمان الجناية لا حقيقة ولا شرعا بل هي تبدل الدين الا ترى انها تصح
من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف العبد المجني عليه اذا بيع
وضع لقطع ملكه فاذا انقطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء كذا في الاسرار **قوله**
وتمت فيه اي في محل معصوم فتوجب كل الدية كما لو لم تتخلل الردة وبه قالت الائمة الثلاثة • قوله
معترض من ذلك اي من انعقاد السبب وثبوت الحكم فلا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة كما لا يعتبر نقصان
النصاب في خلال العصمة الحول في الزكوة وكما لا يعتبر قيام الملك في حال بقاء اليمين وفي المبسوط
ولو كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده من القتل مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب
فيه القود وقد فات محله حتى قتل على ردته او مات وان كان خطاء فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه
عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم خطاء على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فكانت
على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطاء في ماله لما بينا ان المرتد
لا يعقل جناية احد **قوله** اذا كان مكاتبا اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى **قوله** واما عند
ابي حنيفة الى آخره هذا اشكل على قول ابي حنيفة لان كسب الردة لا يكون للمرتد عنده اذا كان حرا وههنا

جعله

جعله ملكا للمكاتب ووجهه ان المكاتب انما اختص باكتسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يبطل
بالردة لانه لا يبطل بحقيقة الموت فكذا بالموت حكما بلحوقه بدار الحرب فصارت مكاسبه كمكاسب
الاسلام وجعل كانه في دار الاسلام اذ قيام ملك المولى في رقبته يمنع صيرورته حربيا ويجعل في حكم
المتردد في دار الاسلام كذا في جامعي شمس الائمة وقاضي خان • **فان قيل** ان مات عبدا كما قال
الشافعي يكون كسبه للمولى لانه عبد وفي يده كسب فيكون لسيده كما قالت الائمة الثلاثة • وان مات
حرا فيوضع في بيت المال لانه مال حربي في دار الحرب اذ حريته تكون في آخر جزء من اجزاء حياته فكان
ما اكتسبه في حال الردة كسب الحر المرتد فيكون فيئا عند ابي حنيفة • **قلنا** ذلك جواب القياس
وفي الاستحسان ميراثه لورثته اذ الحكم بحريته بالاداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك
حريته وحرية اولاده وحقيقة الملك له في المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتا عبدا الا ترى انه
لا تنفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول
في حق عدم صيرورته فيئا يجعل كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيئا لانه يصير مال المسلم
ومال المسلم لا يغنم واذا لم يغنم صار لحوقه كموته • ولو مات عن وفاء يؤدي مولاه مكاتبته والباقي لورثته
كذا مما اشير اليه في الفوائد الظهيرية • **قوله** فكذا بالاداء وهو الردة يعني الرق اقوى من الردة
في المانعية من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع عنده كالاستيلاد • وعندهما عامة
تصرفاته نافذة واما العبد فممنوع عن التصرفات • ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا
لم يتوقف تصرفه ايضا مع كونه مرتدا بالطريق الاولى • ولو قيل جاز ان لا يمنع كل واحد من الرق
والردة من التصرف فاذا اجتمعا منعا كما في الشاهدين اذ كل واحد لا يثبت شيئا وبعد الاجتماع
يثبت وههنا اجتمع كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يمنع اجيب عنه ان الكتابة مطلق للتصرف
بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما لو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة بل الرجحان
يثبت بوصف في العلة لا بالعلة لما عرف **قوله** فحبلت المراة في دار الحرب الى آخره • **قيل** ذكر
دار الحرب وقع اتفاقا فانها لو حبلت في دارنا ولحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك • ولعل يشتمل على
الفائدة وهي ان العلوق متى كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام • ومتى كان في دار الاسلام كان
اقرب الى دار الاسلام باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالحمل هناك يكون جبرا ايضا بالطريق
الاولى فالولدان فيء • وقال الشافعي في وجه يجوز استرقاق ولد المرتد كقولنا وبه قال احمد • وفي قول
لا يسترق وكابيه وله حكم ابيه وبه قال مالك • وفي المحيط اذا ولدت لستة اشهر في دار الحرب
من حين اللحاق ثم سبيا يكونان فيئا • ولو ولدت لاقل من ستة اشهر لم يصر الولد فيئا • وفي الحلية قال
ابو حنيفة ان ولدت في دار الاسلام لم يجز استرقاق الولد فيعلم من هذا فائدة قوله ولدت في دار الحرب
قوله ويجبر الولد الاول على الاسلام باجماع الائمة الاربعة بعد ان يصير مميزا تبعا لابيه ولا
يجبر ولد الولد لان الاولاد يتبعون الآباء في الدين والاحفاد لا يتبعون الاجداد فيه لقوله عليه السلام
كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه الحديث ان يتبعان في اليهودية والاتباع على منافاة
الدليل وانما صير اليه في الآباء والامهات نصا فبقي من عداهم على ما يقتضيه الدليل ولانه لو جاز استتباع
الاجداد الاحفاد لما جاز ضرب الجزية على كافر قط لانهم مرتدون باتباعهم اولاد آدم
وحواء عليهما السلام او اولاد نوح عليه السلام واذا كان كذلك كان الولد مرتدا تبعا لابويه ولا يكون
الحافد مرتدا تبعا للجد والمرتد يجبر على الاسلام وغيره لا يجبر ولا يجوز ان يصير الحافد مرتدا تبعا للجد
والمرتد يجبر على الاسلام وغيره لا يجبر ولا يجوز ان يصير الحافد مرتدا تبعا لابيه لان اباه كان مرتدا تبعا

لابيه حكما وضرورة الهبة لا يلحقه ابيه فيجب ان لا يلحقه من جهة نفسه فوضح الفرق **قوله** ولا يقتل
اي استحسانا • اما في القياس يقتل لارتداده بعد اسلامه • وفي النهاية جنس هذه المسئلة في اربعة
مواضع احدها في الذي اسلم تبعا لابيه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وهو قول مالك والشافعي • وفي
الاستحسان لا يقتل لانه ما كان مقصودا بنفسه واسلامه ثبت تبعا لغيره فيصير ذلك شبهة في اسقاط
القتل عنه وان بلغ مرتدا • والثاني اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا فهو على هذا القياس والاستحسان لقيام
الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر • والثالث اذا ارتد في صغره والرابع المكره
على الاسلام اذا ارتد فانه لا يقتل استحسانا اذ الحكم باسلامه من حيث الظاهر ولكن قيام السيف
على راسه دليل على عدم اعتقاده فيصير ذلك شبهة في اسقاط القتل وفي جميع ذلك يجبر على الاسلام
ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شي كله من المبسوط • **قوله** مرجحة عليهم **قيل** في هذا التعليل
نظر لانه اسقط عقوبة القتل من الصبي المرتد باعتبار المرحمة لصباه وما اسقط عقوبة النار •
تخلدا فانه ذكر في الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي انه يعاقب بالردة يوم القيمة واحال التمرتاشي
هذه الرواية الى التبصرة وصرح فيها بالتابيد كمن كفر من الصغر والصغيرة من غير ارتداد فاولى
ان يخلد في النار المرتد لان كفر المرتد اغلظ فاولى في التعليل ما ذكر في المبسوط انما لا يقتل لقيام
الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر • **قوله** والسكران الذي لا يعقل اي لا يصح
ارتداده وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول وقال في قول واحمد يصح ارتداده كطلاقه
وقلنا الردة تبتني على تبدل الاعتقاد ونحن نعلم ان السكران غير معتقد لما يقول ولا خلاف في
عدم صحة ردة المجنون واسلامه • **فروع** • وتقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق
اكثر اهل العلم قال ابن المنذر لا نعلم احدا خالفهم الا الحسن قال لا يقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا
وقلنا الشهادة في غير الزنا تقبل من عدلين بالنصوص كما في السرقة واعتبار الزنا غير صحيح لان
ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس • قتل المرتد الى الامام عند عامة اهل العلم الا عند الشافعي
وجه في العبد الى سيده • ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد
وان لحق لا وبه قال الثوري • وقال الشافعي واحمد اقيم عليه الحد سواء لحق بدار الحرب او لم يلحق • ولا
تقبل توبة الساحر في رواية وبه قال مالك واحمد في رواية • وقال الشافعي واحمد تقبل توبة
كل مرتد سواء كان كفره مما يتظاهر به امثاله كالزندقة والتعطيل • ثم للسحر حقيقة وله تاثير في ايلام
الاجسام وقال بعض اصحاب الشافعي وبعض الظاهرية لا حقيقة له ولا يوثر في الجسم انما هو
تخيل • وعن اصحابنا ان كان شيئا يصل الى بدن المسحور كدخان ونحوه يجوز ان يوثر وان لم يصل الى
بدنه • وتعلم السحر وتعليمه حرام بلا خلاف من اهل العلم • ولو اعتقد اباحته كفر • وعن اصحابنا ومالك
واحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه او لا ويقتل وهكذا روي عن عمر وعثمان
وابن عمر وجندب بن عبد الله وجندب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون
الاستتابة • وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته • واما الكاهن **قيل** هو الساحر
وقيل هو العراف الذي يحدث ويخمن • **وقيل** الذي له رئي من الجن ياتيه بالاخبار فقال
اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون ما يشا كفر وان اعتقد انه تخييل لم يكفر • وعند الشافعي ان
اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب السبعة وانها تفعل ما يلتمس كفر • وعند احمد
حكمه حكم الساحر • وفي رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا الساحر والكاهن وفي رواية
ان تاب يدرا عنه القتل ولا يقبل من المرتدين ان ظهرنا عليهم الا الاسلام او السيف كمشركي العرب فتقسم

الاموال والاراضي بين المسلمين ويوضع على الاراضي العشر ولو قسم اموالهم ونساءهم وذراريهم وتقبل الى
اراضيهم قوم من اهل الذمة يؤدون الجزية والخراج عن الاراضي جاز ولو اسلموا بعد ما ظهرنا عليهم فهم احرار
لانهم لا رق عليهم والامام ان شاء قسم اموالهم واراضيهم وهي عشرية وان شاء من عليهم باموالهم واراضيهم
وجعل الاراضي عشرية لانهم مسلمون • وان شاء وضع الخراج عليها بخلاف اهل الحرب لو اسلموا بعد ما ظهر
عليهم فهم ونساءهم واموالهم وذراريهم في للغانمين ووضع على اراضيهم العشر او الخراج لان اسلامهم
بعد ما صاروا فيئا للمسلمين • **باب البغاة** • اخر هذا الباب عن المرتد لقلته
وجوده • البغاة جمع الباغي كالقضاة والغزاة جمع القاضي والغازي والبغي الخروج على امام الحق •
والبغي لغة الطلب قال تعالى ما كنا نبغ وخص هنا بطلب ما لا يجوز شرعا • ثم اعلم ان طاعة الامام
الحق وهو الذي اجتمع عليه المسلمون او من ثبتت امامته بعهد امام الحق واجب وكل من خرج عليه يجوز قتاله
لقوله عليه السلام من اعطى اماما صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه من استطاع فان جاء اخر ينازعه
فاضربوا عنق الاخر رواه مسلم • وقال عليه السلام ستكون هنات وهنات ورفع صوته الا من خرج على
امتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائنا من كان • واجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة
ثم الخارجون عن قبضة الامام اصناف اربعة • احدها قوم امتنعوا عن طاعته وخرجوا عن قبضته
بلا تاويل فهم قطاع الطريق وقد بينا احكامهم • والثاني نفر يسير لهم تاويل ولا منعة لهم فهم كقطاع
الطريق الا عند ابي بكر الحنبلي فان عنده هم البغاة سواء كانوا قليلا او كثيرا • الثالث الخوارج يكفرون
اهل الحق واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل عثمان وعلي وطلحة والزبير وكثير من الصحابة
ويستحلون دماء المسلمين واموالهم وقتل الصحابة الا من خرج معهم فظاهر قول جمهور الفقهاء وجمهور
الحديث ان حكمهم حكم البغاة • ومالك يرى استتابتهم فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم
وقال بعض اهل الحديث انهم مرتدون وحكمهم حكم المرتدين لقوله عليه السلام يخرج قوم في اخر الزمان
احداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية يقرؤون القران لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما
يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيمة رواه البخاري •
وعن ابي امامة انه راى رؤوسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب اهل النار كلاب اهل النار
قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا • **قيل** يا ابا امامة هذا شي تقوله قال بل سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقوله • واكثر الفقهاء على انهم بغاة لا يرون تكفيرهم • قال ابن المنذر لا اعلم
احدا وافق اهل الحديث على تكفيرهم • وفي المحيط في تكفير اهل البدع كلام فبعض العلماء لا يكفرون احدا
وبعضهم يكفرون البعض • وهو ان كل بدعة تخالف دليلا قطعيا فهو كفر • وكل بدعة لا تخالف دليلا
يوجب العلم فهو بدعة وضلال وعليه اعتمد عامة اهل السنة والجماعة • واجمعت الامة على تضليل
اهل البدع وتخطئتهم الا العنبري وهو عبد الله البصري فانه خالف الامة • وقال المجتهدون في
المعتقدات مصيب وهو كفر اصل هذا ما ذكر محمد بن الحسن حديث كثير بن نمر الحضرمي انه قال دخلت
مسجد الكوفة فاذا خمسة نفر يسبون عليا ويعاهدون قتله فاتيت عليا واخبرته فقال علي خل
خل عن الرجل الحديث فعلم منه ان سب علي وقتله لا يكون كفرا • وعلم ان الخوارج مسلمون الا من استحل قتل علي
فان من استحل قتل مسلم يكفر وعلم منه ان حكم البغي لا يثبت ما لم يتغلبوا ويجتمعوا ويصير لهم منعة والرابع
قوم مسلمون خرجوا على الامام الحق فهؤلاء البغاة • وفي المحيط الخوارج قوم خرجوا على علي يوم الحكمين وهو
عمرو بن العاص من جانب معاوية وابو موسى الاشعري من جانب علي والقصة معروفة • **قوله** اذا تغلب
اي اجتمع يقال تغلب على بلد كذا اي استولى قهرا وحروراء بالحاء المهملة بمد وتقصر قرية كان بها اجتماع الخوارج

قتل في سبب خروجهم ان عليا لما حكم ابو موسى الاشعري بينه وبين معاوية خرجت طايفة من المسلمين على
علي وقالوا القتال واجب بالنص وعلى ترك القتال بالتحكم فارسل علي رضي الله عنه ابن عباس ليكشف
شبهتهم قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل
منكم وكان تحكيم علي موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر قوم على ذلك • **قوله**
القدوري في مختصره وهو قول الشافعي ومالك واحمد واكثر اهل العلم لانه لا قتل مسلم الا دفعا لهم
مسلمون وبعدما اجتمعوا وصار لهم منعة وجد القتال منهم معنى من حيث انهم ترصدوا لقتال الامام
فبالنظر الى حقيقة القتال لم توجد منهم لم يبح قتلهم وبالنظر الى المعنى مباح فلم يبح بالشك بخلاف
الكفار لان الكفر مبيح عنده • وعن علي رضي الله عنه قال للخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلوا • **قوله**
وقال الامام خواهرزاده هو خواهرزاده للقاضي الامام اي نائب صاحب الذخيرة والمبسوط
والايضاح يحل قتالهم وان لم يبدؤا بالقتال اذا تحزبوا اي اجتمعوا لان خروجهم على الامام معصية •
والقيام بقتالهم نهي عن المنكر وقد امرنا به فنقاتلهم وان لم يبدؤا ولان الحكم يدار على دليل القتال
وهو الاجتماع • فلو شرطنا حقيقة القتال ربما لا يمكننا دفعهم • وفي المبسوط والايضاح نحالهم
في ذلك كحال المرتدين • واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز قتال اهل
الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم والبيات بالليل لان قتالهم حينئذ فرض كقتال
اهل الحرب كالمرتدين • وعند الايمة الثلاثة قتالهم بالمنجنيق وارسال الماء والنار لا يجوز الا اذا لم
يدفعوا بدونه • ومعنى قول علي رضي الله عنه حتى تقاتلوا حتى تعزموا على القتال بالتجمع والتحيز عن اهل
العدل • **قوله** حتى تقلعوا اي تمتنعوا عن ذلك • قوله والمروي عن ابي حنيفة روى الحسن عنه انه قال
اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه السلام
من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة في الفتنة كن حلسا من احلاس بيتك
فاذا دخل عليك فكن عبد الله المقتول او عبد الله معناه كن ساكنا في بيتك لا قاصدا هذا محمول عند
عدم الامام اما طاعة الامام واجبة • وما روي ان ابن عمر وطايفة من الصحابة قعدوا عن الفتنة
محمول على انهم لم يكن لهم قدرة وغنا • وفي فتاوي العصر والفتنة وما روي من الحديث ان القاتل •
والمقتول في النار محمول على الباغيين يقتلان لاجل الدنيا والمملكة او على اهل محلة اقتتلوا بالحمية
والعصبية فانه لا ينبغي ان يقاتل اهل احدهما • **قوله** اجهزوا بقع كلاهما بناء المفعول وكذا لم يجهز
ولم يتبع • وفي الصحاح اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وقد تممت عليه • **قوله** وقال الشافعي
لا يجوز ذلك في الحالين اي في حال الفئة لهم وعدم الفئة وبه قال احمد • وجوابه اي جواب الشافعي
ما ذكرنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع وبقولنا قال مالك وبعض اصحاب الشافعي وان لم لهم
فئة لا يقاتلوا ولكن يضربون ضربا وجيعا ويحبسون حتى يحدثوا توبة • وهذا روي عن ابن عباس رضي
الله عنه • **قوله** ولا يكشف ستر اي لا يسبى نساؤهم • قوله وهو القدوة اي على قدوة في باب البغاة
والقدوة اسم للاقتداء يقال فلان قدوة اي يقتدى به ويوم الجمل يوم وقعة عايشة مع علي كرم الله
وجهه بالبصرة وسميت بذلك لان عايشة رضي الله عنها كانت على جمل اسمه عسكر كذا في المغرب وقد
روي ان اصحاب الامام علي سالوا عنه القسمة فقال علي اذا قسمت فلمن تكون عايشة ففي هذا رد القسمة
ولا خلاف فيه لاهل العلم • **قوله** يقتل الامام الاسير وقالت الايمة الثلاثة لا يقتل بل يحبس • وقوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله او حبسهم الى قوله دفعا لشرهم • **قوله** وقال الشافعي لا يجوز وكذا بالكراع
وبه قال احمد في رواية وبقولنا قال مالك واحمد في رواية • قوله فيما بيناه وهو قول علي

ولا يوجد مال وقوله انهم مسلمون • **قوله** لم يأخذ الامام ثانيا وبه قال الشافعي واحمد وابن الماجشون
المالكي وقال ابن القاسم لا يعتبر ذلك وعلى من اخذ منه الزكوة الاعادة وبه قال ابو عبيد لان الاخذ ممن لا
ولاية له • ولنا ان عليا لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه وكان ابن عمر اذا اتاه ساعي الحروري
دفع اليه زكوته وكذا سلمة بن الاكوع ولانه لم يحمهم الى اخر ما ذكر في الكتاب • **قوله** فليس عليه اي على
القاتل شيء • وقالت الايمة الثلاثة يؤخذ بموجب جنايته اي جناية كانت بعموم الايات والاخبار ولان
كل موضع يجب فيه العبادات في اوقاتها كان كدار اهل العدل فيجب فيه ما يجب في دار اهل العدل قلنا
لما خرج عن ولاية الامام صار كدار الحرب فلم يجب فيه الحدود والقصاص • **قوله** قبل ذلك اي قبل اجراء
الاحكام اي قلع اهل البغي من المصر قبل ان يجري احكامهم • **قوله** لا يجب الضمان عندنا وبه قال احمد والشافعي
في قول وفي قول يضمنون وبه قال مالك لانها نفوس واموال معصومة اتلفت بغير حق ولا ضرورة فوجب
ضمانه كالذي في غير حال الحرب وكما قبل المنعة • ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري وفي المبسوط اذا تاب
اهل البغي ودخلوا مع اهل العدل لم يؤخذ بشيء مما اصابوا يعني بضمان ما اتلفوا من مال ونفس •
ومراده بذلك بعدما تجمعوا وصاروا منعة لانقطاع ولاية الالتزام حسا فيعتبر بما وليهم وان كان
باطلا في اسقاط الضمان كما في اهل الحرب بعدما اسلموا والاصل فيه حديث الزهري قال وقعت الفتنة
واصحاب النبي عليه السلام كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو موضوع وكل
فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع • وكل مال اتلف بتاويل القران فهو موضوع **قوله** في الوجهين •
الذي قال انا على الحق والذي قال انا على الباطل لانه قتل بغير حق فيحرم الميراث اعتبارا بالخاطي ولان
الحق بالتاويل في حق دفع الضمان بقول الصحابة لا يجب الحاقه بالصحيح في حق استحقاق الميراث لانه من
يكفي للدفع ولا يكفي للاستحقاق • **قوله** لاعتقاد الاباحة لان الباغي اعتقد اباحة مال العادل حيث
يقول عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب **قوله** ولهما فيه اي في قتل الباغي العادل يعني هذا قتل
حصل بتاويل صحيح عند القاتل وان كان هذا التاويل فاسدا في نفسه لكنه مع فساده ملحق بالتاويل الصحيح
عند انضمام المنعة في حق احكام الدنيا حتى لا يجب فيه الضمان فلا يجب به الحرمان والارث مستحق بالقرابة
وهذا التاويل لدفع الحرمان الذي شرع جزاء • ومن شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد
بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل ذلك فاذا قال كنت على الباطل انتفى الضمان بخلاف الخاطي
فان هناك يلزمه الكفارة والدية والباغي لا يلزمه فعلم بهذا انه ملحق بالصحيح كما اذا قتل العادل الباغي
قوله فيعتبر الفاسد فيه اي في دفع الحرمان لم يوجد الدافع اي التاويل الدافع للضمان **قوله** وليس
يبعد بالكوفة فيكره بالكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم في غير الكوفة ايضا كذلك
قوله مما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه **قوله** وعلى هذا
الخمر اي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع عصير العنب • والفرق لابي حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة
وعدم كراهة ممن يبيع العصير ممن يتخذه خمرا ان المعصية هناك لم تقع بعين العصير وهنا تقع بعين السلاح وقيل
الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة كذا في الفوايد الظهيرية وغيرها
فروع • لصوص غير متأولين غلبوا على مدينة وقاتلوا وقتلوا الانفس واخذوا اموالا اخذوا
بالجميع • وكذا اذا خرج جماعة لا منعة لهم ولا خلاف فيه لاهل العلم • ولو استعان اهل البغي باهل الحرب
او وادع اهل البغي اهل الحرب فاغاروا على اهل العدل يسبون ويقتلون لانهم نقضوا العهد • ولو طلب
اهل البغي الموادعة اجيبوا ان كان خيرا لنا ولا ناخذ منهم شيئا • ولو نصب اهل البغي قاضيا يصلح للقضا
ان كان من اهل العدل يجوز بلا خلاف • وان كان منهم فان كان ممن يستحل دماء اهل العدل واموالهم •

لا يجوز بلا خلاف وان كان ممن لا يستحل دماء اهل العدل لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي واحمد ولو كتب
قاضيهم الى قاضي اهل العدل كتابا يقبل بلا خلاف والاولى ان لا يقبله كسرا لقلوبهم ● وعندنا كل متسلط
اذا تم تسليطه يصير سلطانا فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل

كتاب اللقيط واللقطة

عقب اللقيط واللقطة للجهاد لما فيهما عرضية الفوات للانفس والاموال وقدم اللقيط على اللقطة لما ان ذكر النفس مقدم ● اللقيط لغة ما يلقط اي ما يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض ان يلقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة للمشارفة مثل من قتل قتيلا وفي الشريعة اسم لمولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه ومحرزه غانم لما في احيائه من احياء النفس فانه على شرف الهلاك واحياء الحي بدفع سبب الهلاك عنه قال تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا ولهذا كان ● رفعه افضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا الحديث وفي رفعه اظهار الشفقة على الصغار ● وهو افضل الاعمال بعد الايمان التعظيم لامر الله والشفقة على خلق الله كذا في المبسوط ● وقال الشافعي ومالك واحمد رفعه فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه فحينئذ فرض عين لاجماع الامة كمن راى اعمى يقع في البئر يفرض عليه حفظه عن الوقوع وتمسكوا على وجوبه بقوله تعالى وتعاونوا على البر الاية ● **قوله** اللقيط حر اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه ولا يحد قاذف امه ذكره في شرح الطحاوي ولا خلاف في انه حر الا ما روي عن النخعي شاذا انه قال ان رفعه حسبة فهو حر ولو اراد ان يسترقه فقوله وهذا مخالف لاجماع العلماء لان الاصل في بني آدم الحرية اذ الناس اولاد آدم وحوى عليهما السلام وكانا حرين لان الرق يعارض الكفر والاصل عدم العارض ولان الدار دار الاحرار فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر ولان الغالب فيمن يسكن دار الاسلام الاحرار والعبرة للغالب ● **قوله** ونفقته في بيت المال اذا لم يكن له مال بلا خلاف لما روي ان رجلا قال وجدت منبوذا على باب فاتيت عمر رضي الله عنه قال هو حر ونفقته علينا وعن علي انه قال نفقته في بيت المال وولايته للمسلمين وعن عمر مثله ● **قوله** والخراج بالضمان اي له غنمه وعليه غرمه اي غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد في ضمانه يقال خارج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم كانت جنايته فيه اي في بيت المال بلا خلاف ● **قوله** متبرع يقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل على اقرانه ● ومنه يقال للمتفضل المتبرع الا ان يامره القاضي هذا بان امره ان ينفق عليه ويصير ذلك دينا عليه لان امر القاضي كامر نفسه لعموم ولاية القاضي اما لو امره بان ينفق عليه فقط ● **قيل** يرجع لما ذكرنا والاصح انه لا يرجع ما لم يقل القاضي ويكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي كامر نفسه مطلق الامر بالانفاق يحتمل الحسبة اي التبرع في تمام ما شرع فيه من التبرع والاستدانة عليه فلا يرجع بالشك كذا في المبسوط ● **قوله** معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه اما اذا ادعاه الملتقط فهو اولى لانهما استويا في الدعوى وللاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وكذا اذا كان الملتقط ذميا فهو اولى من المسلم الخارج حتى اذا كان في يد ذمي يدعي انه ابنه واقام بينة من المسلمين انه ابنه قضي للذمي بحكم يده ● واما لو كان المدعي للملتقط خارجين واحدهما مسلم والاخر ذمي واقام بينة من المسلمين قضي للمسلم فالحاصل ان الترجيح في باب النسب ولي باليد كذا في الذخيرة والايضاح وقال الشافعي واحمد الترجيح بقول القافة ● **قوله** يصح في حقه اي في حق النسب قوله بطلان يد اي يد الملتقط اذ من ضرورة ثبوت النسب منه ان يكون هو احق بحفظه من الاجنبي ويجوز ان يثبت الشيء ضمنا وان لم يثبت قصدا كما يثبت الارث بشهادة القابلة على الولادة حكما ● **قوله** ولو ادعاه اي نسب اللقيط

بعد دفعه

بعد دفعه **قيل** يصح قياسا واستحسانا لانه ادعى شيئا في يده ولا منازع له ولا يبطل به يد احد بخلاف غيره لانه ادعى شيئا في يد غيره وله منازع وفيه ابطال حق الملتقط وهو امساك الولد والا انه على القياس والآن يعني لا يصح في القياس الا الاستحسان الا ان هذا قياس آخر سوى الاول وجه القياس انه متناقض في كلامه لانه زعم انه لقيط في يده وانه لا يكون لقيطا ولهذا اقرار على اللقيط فلانه يلزمه احكام النسب والاقرار على الغير لا يصح ● وجه الاستحسان ان هذا اقرار على نفسه ● لانه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وله هذه الولاية والتناقض لا يمنع دعوى النسب كما اذا اكذب الملاعن نفسه لان طريقه الخفا فقد يشتبه على الناس حال ولد الصغير فيظن انه لقيط ثم يتبين بعد ذلك انه ولده فان مات اللقيط وترك ميراثا او لا فادعى رجل انه ابنه لا تصح دعوته استحسانا ايضا لان في حالة الحياة انما صحت دعوى النسب لان فيه للصغير من كل وجه والنسب وبالموت استغنى عن النسب بقي كلامه في دعوى الميراث فلا يصدق وفيه الا بحجة كذا في المبسوط والذخيرة ● **قوله** فهو اولى اي واصف العلامة ويجب على الملتقط دفعه اليه ● وقال الشافعي واحمد والليث وابو ثور والاوزاعي يعتبر قول القافة واذا اشتبه على القافة يقرع وكذا اذا تعارضا بينا بما الحديث المدلجي وقد مر هذا البحث في باب الاستيلاد ● وقال مالك لا يثبت النسب الا ببينة او يكون لدعواه وجه كرجل عرف انه لا يعيش له الولد فزعم انه رماه لانه اذا طرح عاش ونحو ذلك مما يدل على صدقه وقال اشهب يلحق بمجرد الدعوى ادعاه ملتقطه او غيره الا ان يتبين كذبه وهو الاختيار كذا في جواهر المالكية
قوله لموافقة العلامة كلامه وهي اصل في الشريعة قال تعالى تعرفهم بسيماهم وقال تعالى في قصة يوسف عليه السلام ان كان قميصه قد من دبر الاية وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا لم يلحقه نكير وفي الايضاح لو وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح لانه ليس الرجوع الى الموافقة اولى من المخالفة وفي الذخيرة وهذا بخلاف اللقطة لو تنازعا فيها ووصفا احدهما ووافق حيث لا يرجح صاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط دفعها اليه ولا يجب وهنا يلزمه دفعه والفرق ان اصابة الوصف تحتمل باعتبار انه رآه في يد غيره وتحتمل باعتبار انه له والمحتمل لا يصلح سببا لاستحقاق على الغير انما يصلح ترجيحا لما هو سبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج ● ثم في فصل اللقيط قد وجد سبب الاستحقاق وهو الدعوى ولهذا لو انفرد بدعواه يقضى له به فيعتبر الوصف للترجيح ● اما في اللقطة الدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح الوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق وذا بالمحتمل لا يجوز ● **قوله** لاستوائهما في السبب وهو الدعوى وقد مر خلاف الشافعي واحمد في اعتبار قول القافة ولو الحقته القافة بهما لحق بهما عند احمد ● وقال الشافعي لو تعذر العمل بالقافة رجع الى اختلاف الولد ان كانت الدعوى عن فراش وان كانت في لقيط ففيه وجهان في وجه انتسابه الى احدهما كالفراش ● وفي وجه لو مات احدهما الحق بالباقي وهل يصح انتسابه قبل البلوغ اذا كان عاقلا مميزا فيه وجهان اصحهما انه لا يصح ● والثاني يصح ولا يلحق الى اثنين للاستحالة ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف وبه قال احمد في رواية ● وقال محمد لا يلحق باكثر من ثلثة وهو رواية عن احمد ايضا وقد مر هذا في باب الاستيلاد الا اذا اقام الاخر بينة ● وعند احمد والشافعي لو الحقته القافة بالثاني يلحق به ويأخذ من يد الاول لان قول القافة كالبينة عندهما ● **قوله** واذا وجد في مصر من امصار المسلمين المسئلة على اربعة اوجه ● احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين يكون محكوما باسلامه وبه قال مالك واحمد والشافعي ● وان ادعاه كافر يلحق به ويكون مسلما تبعا للدار ● وقال الشافعي الا اذا اقام الكافر بينة على نسبه فحينئذ يحكم بكفره ● والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة ونحوها فيكون محكوما بالكفر

لا يصلى عليه اذا مات • والثالث ان يجده كافر في بلاد المسلمين • والرابع ان يجده مسلم في مكان الكفار
ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان في الفصلين • وفي رواية ابن سماعة
العبرة للواجد في الفصلين اختلفت الرواية كذا في المبسوط **قوله** وفي بعض النسخ اي بعض نسخ •
المبسوط وقال الشافعي ان وجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون او في بلد كان لهم ثم اخذه الكفار
فهو مسلم وان وجد في بلد فتحه المسلمون ولا مسلم فيه او بلد الكفار ولا مسلم فيه فهو كافر • وان وجد
في بلد الكفار وفيه مسلمون **قيل** هو مسلم • **وقيل** هو كافر وبه قال احمد ومالك اعتبر
المكان واشهب اعتبر الواجد في مكان اهل الكفر ترجيحا للاسلام • **قوله** وهذا اي ثبوت نسبه
منه استحسان والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته
لكان تبعا في الدين فكان حكما بابطال اسلامه • وجه الاستحسان ان موجب كلامه شيان احدهما
ثبوت نسبه منه وذا ينفعه • والثاني كفره وذا يضره فصحت دعوته فيما ينفعه لا فيما يضره
وليس من ضرورة رد قوله في احد الحكمين رده في حكم الاخر لان النسب ينفك عن الدين فولد الكافر
من المسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم • **قوله** تو تبعية الدار لان بينه وبين الابوين جزئية ولا جزئية
بينه وبين المكان • قوله وفي بعض نسخه اي نسخ دعوى المبسوط نظرا للصغير فان اللقيط تابع للواجد
والمكان جميعا وتبعية احدهما توجب الاسلام وتبعية الاخر توجب الكفر فيجعل تابعا لما يوجب
الاسلام كالولد الحادث بين مسلم وكافر جعل تبعا للمسلم فكذا ههنا لان الاسلام يعلو • وفي الكتاب
وفي رواية يحكم بزيه وعلامته كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار نعتبر الزي والعلامة للفصل •
قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده الى اخره وجب ان يقيد بهذا بقيدين اي ادعى الحر المسلم ولكن لم
ولادته الى المراة التي هي الامة • اما قيد المسلم فانه اذا كان المدعي ذميا ففي قبول بينته تفصيل ان شهد
مسلمان يقبل وجعل اللقيط حرا مسلما • وان شهد كافران لا يقبل وقد صرح في المبسوط وقال وان ادعى
مسلم • واما قيد الحرية فان المدعي اذا كان عبدا واضاف ولادته الى امراته الامة فان فيه خلافا
بين ابي يوسف ومحمد فذكر في الذخيرة الولد حر عند محمد وعبد عند ابي يوسف فمحمد يقول في دعوى
العبد شيان احدهما نفع اللقيط وهو النسب وفي الاخر ضرره وهو الرق واحدهما ينفصل عن الاخر
في الجملة فتعتبر دعواه فيما له لا فيما عليه كما اذا ادعاه ذمي وقد وجد في مصر المسلمين • وابو يوسف
يقول لما صدق في ثبوت النسب فيصدق فيما كان من ضروراته تبعا • ومن ضرورة ثبوت نسب المولود
بين رقيقين ان يكون رقيقا فيحكم برقه تبعا بخلاف مسئلة الذمي لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب
منه ان يكون ذميا بان اسلمت امراته الا ان يقيم البينة انه عبده فحينئذ يقضي بانه عبده ولا خلاف
لاحد فيه • **فان قيل** كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس له بولي ولا خصما عنه
فيما يضره • **قلنا** الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه لانه
لقيط ولا يتوصل المدعي الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما عنه •
قوله والمسلم من الذمي وفيه خلاف الائمة الثلاثة كما ذكرنا • وفي النهاية هذا اذا لم تقع المنازعة
بين الملتقط والخارج فان كان ثمة فلا يترجح بالاسلام بل باليد فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم
الخارج • ولهذا لو كانت بينة الذمي اكثر اثباتا بان قام الذمي شاهدين مسلمين انه ابنه وهو في يده
واقام عبد مسلم انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام وكذا
ان كانا خارجين لان بينة الذمي اكثر اثباتا لان النسب بجميع احكامه • وكذا لو ادعى النصراني انه
ابنه وادعى المسلم انه عبده ترجح دعوى النصراني لان فيها اثبات الحرية ذكره في فتاوى قاضيخان والذخيرة

قوله فهو اي الملك المستدل دليل اي للقيط بلا خلاف اعتبارا للظاهر • **فان قيل** الظاهر يكفي
للدفع لا للاستحقاق وعندنا فلو ثبت الملك بالظاهر له كان الظاهر مثبتا للاستحقاق • **قلنا**
بهذا الظاهر يندفع دعوى الغير واليد دليل الملك • وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله اعتبارا للظاهر
ولا خلاف فيه لاحد • وفي المبسوط وكذا ان تكون الدابة لستوي عليه فان المركوب تبع لراكبه وهو
كما اذا ارخى معه وبه قال الشافعي واحمد • **قوله** وللقاضي ضرب مثله اليه وكذا العبرة بامره وبه
قال الشافعي فقال لو انفق بغير اذن القاضي ضمنه • وان لم يكن حاكم وانفق بدون الاشهاد ضمن ايضا
وان انفق بالاشهاد ففيه قولان **قوله** لانه اي شراء ما لا بد من الانفاق عليه وبه قال احمد • قوله
ولا يتصرفه اي ولا يجوز تصرف الملتقط في مال اللقيط كالتزوج اي بلا خلاف **قوله** في كل منهما اي
من الام والملتقط احدهما اي الراي الكامل او الشفقة فالموجود في الملتقط راي كامل ولا شفقة
له وفي الام شفقة كاملة ولا راي لها بخلاف الاب لان فيه كلاهما • التثقيف تقويم المعوج بالثقاف
وهو ما يستوى به الرماح ويستعار للتهذيب والتاديب فان من اشتغل بعمل قلما يشتغل بالفساد
قوله لانها تملكه اي اتلاف منافع الولد بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة
اولى • **كتاب اللقطة** تناسب البابين ظاهر • **وقيل** خص لفظ اللقيط
بالمال لان الفعلة بضم الفاء وفتح العين نعت المبالغة في الفاعل كالضحكة واللعبة ذكره في التيسير •
واللقيط فعيل بمعنى المفعول فاللفظ الدال على الفاعلية اولى بالمال لزيادة مثل الانسان برفعه
كانها تامر كل من راها برفعها كانها هي رافعة نفسها على الاسناد المجازي كناقة حلوب وركوب
كانها تحلب نفسها وتركب نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من راها في الحلب والركوب اما
الطفل المنبوذ لا يميل كل من راه برفعه لزيادة ضرر حاضر فان امة بتربيته تصدا الضرر حاضر بخلاف
اللقطة فان فيها نفع حاضر • في المغرب اللقطة الشيء الذي تجده ملقى فتاخذه • **وقيل** المال الضائع
عن ربه يلتقطه غيره • وعن الخليل اللقطة بفتح القاف للمال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه
وعن الاصمعي وابن الاعرابي والفراء بفتح القاف اسم للمال ايضا وفي المبسوط اختلف في رفعها فالمتقشفة
يقولون لا يحل رفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذنه وذا حرام شرعا وهو مخالف للحديث واجماع الامة
وقال بعض التابعين يحل رفعها ولكن الترك افضل وبه قال احمد • وعند عامة الفقهاء والعلماء رفعها
افضل اذا وجدها مضيعة وامن على نفسها واختاره ابو الخطاب الحنبلي وعن الشافعي في قول اذا لم
يامن عليها رفعها واجب بقوله تعالى والمؤمنون بعضهم اولياء بعض فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله
وقال لما كان للناس كان يسأله بال فرفعه احب الي فان فيه حفظ مال المسلم فكان اولى من تضييعه وفي
الذخيرة نوع يفترض وهو لو خاف ضياعها ان تركها • **قوله** تصادقا اي المالك والملتقط وصار اي
التصادق كبينة الملتقط على انها اخذها للرد • **قوله** وقال ابو يوسف لا يضمن وبه قال الشافعي
ومالك واحمد لان الاشهاد غير واجب عليه عندهم بل مستحب • وذكر في شرح الاقطع قول محمد مثل
قول ابي يوسف في انه لا يضمن والقول له مع يمينه انه اخذها للرد لان الظاهر شاهد له اي للملتقط
لاختياره الحسنة اذ مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا قال عليه السلام لا تظنن بكلمة خرجت
من في اخيك سوء وانت تجد لها محملا في الخير ولان صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر فالقول له
كما في الغصب ولانه احتمل انه اخذه لنفسه واحتمل انه اخذه للمالك فلا يضمن بالشك • ولهما انه اقر
بسبب الضمان اذا اخذ مال الغير بغير اذنه سبب الضمان والاذن مقيد بالاشهاد شرعا • قال عليه السلام
من وجد لقطة فليشهد ذوا عدل والامر المطلق يقتضي الوجوب فاذا ترك الاشهاد فالظاهر انه اخذه

لنفسه فيضمن وقوله اخذته للمالك دعوى ما يبرئه عن الضمان فلا يبطل الابرا بالشك كمن اخذ للغرماء
وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه اودعه لم يصدق في ذلك الا بحجة وما ذكره ابو يوسف قوله عاملا
لنفسه اذ كل حر يعمل لنفسه ما لم يظهر منه دليل على انه عامل لغيره والدليل الاشهاد ذكره في المبسوط وفي
فتاوى قاضيخان هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه الاشهاد • فاما اذا لم يمكنه عند الرفع او خاف
انه لو اشهد يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يضمن بالاجماع • قوله لانها اي اللقطة اسم جنس •
وعن احمد ينبغي ان يذكر جنسها من ذهب او فضة • قوله وهو قول مالك والشافعي واحمد وظاهر رواية
اصحابنا من غير فصل اي بين القليل والكثير ولما روي عن عمر وعلي وابن عباس ولان السنة لا تتاخر عنها القوافل •
ويمضي فيها الزمان الذي يقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدرا كمدة اجل العنين وما
روي عن ابي بن كعب انه عليه السلام امره بتعريف مائة الدينار ثلثة اعوام او عام واحد • وقيل •
الصحيح الى اخره وبهذا قال بعض اصحاب مالك واصحاب احمد قوله تصدق به لان في التصدق وصول عوض
آجل وهو الثواب او عاجل وهو الضمان • قوله كالنواة وقشور الرمان اي في مواضع مختلفة لو وجد منه
شيئا كثيرا فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة لا بأس بالانتفاع بها لان كل واحد لا قيمة لها وانما ظهرت
القيمة بصنعه وهو جمعه • وقد روي انه عليه السلام رأى تمرة على الطريق فقال لولا ان يكون من الصدقة
لاكلتها • وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة ولا نعلم فيه خلافا بين اهل العلم الا ان عند مالك
يجوز اكل الطعام ايضا وان كان له قيمة • قوله ولكنه اي الشيء اليسير كالنواة مبقى على ملك مالكه •
فاذا وجده مالكه في يده فله ان يأخذه لانه عين ملكه اذ بالقائه يبيح الانتفاع للواجد ولم يكن تمليكا •
منه اذ التمليك في المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة وذكر شيخ الاسلام ولو كانت متفرقة •
فجمعها ليس للمالك اخذها بعد الجمع لانه يصير ملكا للآخذ بالجمع • وكذا الجواب في التقاط السنابل وبه
كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة • وفي المحيط لو وجد النواة والقشور في اماكن متفرقة يجوز الانتفاع
بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها بل سقطت منه • وفي المبسوط روي عن بشر عن ابي
يوسف لو جز صوف شاة ميتة ملقاة كان له ان ينتفع به ولو وجده صاحب الدار في يده كان له ان يأخذه
منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها ان يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لانه ملكه لم يزل
بالالقاء والصوف مال متقوم بلا اتصال شيء وله ان يأخذه مجانا • اما الجلد صار متقوما بالدباغ
فاذا اخذه يعطيه ما زاد الدباغ فيه • قوله فان جاء صاحبها اي بعد التعريف والتصدق بها
فاذا جاء صاحبها خير بين الاجازة والغرم وبه قال مالك والثوري وحسن بن مالك وقال الشافعي واحمد
فاذا لم يجئ بعد التعريف ملكها الملتقط بحكم القرض وصارت من ماله كسائر امواله غنيا كان الملتقط او
فقيرا • وروي مثله عن عمر وابن مسعود وعائشة وبه قال عطاء واسحق وابن المنذر احتج بحديث زيد بن خالد
فان لم تعرف فاستنفقها وفي نسخ كلها • وفي رواية فاستمتع بها ولان بالالتقاط بعد التعريف يجوز له
تملكه كالفقير • ولنا حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال عرفها حولا
فان جاء ربها والا تصدق بها فان جاء ربها فرضي بالاجر والا غرمها ولانها ملك الغير فلا يملكها كغيرها
ويملكها الفقير عندنا لما روى عياض بن حمار المجاشعي انه عليه السلام قال من وجد لقطة فليشهد عليها
ذوا عدل ولا يكتم فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء رواه النسائي وما
يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة وعن احمد مثله • وحديث خالد يمكن ان يكون في فقير
فيحمل عليه جمعا بين الاحاديث • وما قيل ان حديث ابي هريرة غير ثابت فليس كذلك بل نقله العدول
وموافق للنصوص في عدم جواز تملك ملك الغير بغير اذنه • ثم عند الشافعي واحمد تملكها حكما كالميراث •

واختلف

واختلف اصحاب الشافعي فقال بعضهم كذلك • وقيل يملكها بقوله اخترت وقيل بالتصرف فيها
وقيل بالنية ولكن يملكها بعوض يثبت في ذمته لصاحبها كالقرض اذا تعذر ردها وبه قال
احمد في رواية والظاهر عن احمد انه يملكها بغير عوض • قوله والملك يثبت للفقير قبل الاجازة لانه
تصدق باذن الشرع فيملكه الفقير بنفس الاخذ لان الفقير يأخذ الصدقة من الله تعالى لما روي انه عليه
السلام قال الصدقة تقع الحديث فلا يتوقف على قيام المحل حتى لو هلك اللقطة في يد الفقير تجوز الاجازة
فان قيل لو ثبت الملك بالاخذ ينبغي ان لا يأخذه المالك اذا قائما في يد الفقير • قلنا ثبوت
الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع • وكالمرتد لو عاد من دار الحرب بعد القسمة
يأخذ تركته • قوله وان شاء ضمن الملتقط • فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع قلنا
الشرع اباح له التصدق وما الزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان
حقا لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير فان ضمنه يكون الثواب له لانه ملكه من وقت التصدق
ولا يرجع كل واحد من الفقير والملتقط على الاخر فاما الملتقط فانه ملكه بالضمان وظهر انه تصدق
ملك نفسه • واما الفقير فانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره • وحكي
عن القاضي ابي جعفر انه كان يقول ما ذكر في الكتاب من تضمين الملتقط محمول على ما اذا تصدق بغير
اذن القاضي اما لو تصدق بامره فليس للمالك ان يضمنه ولكن ليس بصواب اذ تصدق الملتقط بامر
القاضي لا يكون اعلى حالا من تصدق القاضي بنفسه وثمة يضمن القاضي فههنا اولى كذا في الذخيرة •
وفتاوى قاضيخان وفي السير الكبير الحاصل ان التصدق بها رخصة سواء كان الملتقط حاكما او غيره
اذ الافضل ان يمسكها الامام ويضعها في بيت المال الى ان يجيء صاحبها فاذا تصدق كان كواحد من الرعايا
لان التصدق بها غير داخل تحت ولاية الامام • ولو كانت اللقطة شيئا يخاف عليها الفساد فالقاضي
بالخيار ان شاء تصدق بها عين داخل وان شاء باعها • فلو حضر مالكها بعد البيع اخذ الثمن ولا يضمن القاضي
لان بيعه على الحكم لانه خاف الفساد على مال الغائب وحفظ مال الغائب داخل تحت ولايته بطريق النص •
فكان القاضي كالنائب عنه وهناك لا ضمان فكذا ههنا • ثم القاضي يمسك الثمن الى ان يجيء صاحبه وان رأى
التصدق فعل ولو جاء صاحبه ولم يجز صدقته كان له ان يضمنه على ما ذكرنا • قال الشافعي لا يبيعه الا
بامر القاضي فان عجز عنه باعه بنفسه • وعندنا واحمد ومالك يجوز بيعه بنفسه واكله يجوز
بالاجماع فاذا جاء صاحبها يغرمه بالاجماع قوله وقال الشافعي ومالك الى اخره وبه قال احمد •
وفي المغني والحلية كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع • وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض
له الا للامام او نائبه للحفظ يجوز اخذها وللغير يجوز للحفظ لا للتملك في اصح الوجهين لئلا يأخذها
خائن سواء كان لكبر جثته كالابل والبقر والخيل والبغل • او لطيرانه كالطيور المملوكة كلها او لسرعته
كالظباء والصيود المملوكة او بنابه كالكلاب والفهود المملوكة • وعن مالك والليث في ضالة الابل لو وجدها
في القرى عرفها وفي الصحراء لا يتعرض لها وهو رواية المزني عن الشافعي • وعن مالك ان البقر كالشاة
اما اذا وجدها في مسبعة يغلب على الظن هلاكها او في برية لا ماء فيها ولا مرعى فالاولى اخذها عند الكل •
وفي الوجيز لو وجدها في بلدة او قرية او قريب منها فوجهان احدهما لا يجوز كالمفازة واصحهما يجوز •
وهذا اذا كان في وقت امن اما في زمان النهب والفساد يجوز في الصحراء والعمران وما لا يمتنع من
صغار السباع كالكسير والغنم والعجول والفصلان يجوز التقاطه في المفازة وفي العمران في الاصح وفي
شرح الاقطع الخلاف في الجواز • وذكر في الكتاب الخلاف في الافضلية وروايات كتبهم وتمسكهم يدل على
ان الخلاف في الجواز لهم ما روي انه عليه السلام سئل عنها فقال ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها

ترد الماء وتاكل الشجر دعها حتى يجدها ربها • وروى عن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا ياوى الضالة الا ضال رواه ابو داود وقال عليه السلام ان ضالة المسلم حرق النار • رواه جماعة ولان اباحة اخذ مال الغير بخافه ضياعها واذا كان معها اى مع اللقطة ما تدفع عن نفسها اى صغار السباع فان البعير والفرس تصول والبقر تدفع بقرنه فلا يكون في الاخذ صيانة ولكنه اى الضياع متوهم فيقضى بالكراهة اى بكراهة الاخذ يعنى فيه احتمال عدم الرضا من المالك فيكره الاخذ ويندب الترك بخلاف ما اذا كان مسبعة فيها كان السباع حيث يجب لقطها صيانة لها عن الضياع • **ولنا** ما روى عن عياض انه عليه السلام قد سئل عن الضالة فقال عرفها فان وجدت ربها والا فهى مال الله يؤتيه من يشا وعن سفيان وروى الطحاوى باسناده ان ثابت ابن الضحاك الانصارى • وجد بعيرا فعرفه لدى عمر عرفه فعرف ذلك ثلاث مرات ثم جا الى عمر فقال عمر انزع خطامه وارسله حيث وجدته • وسال رجل عن ابن عمر انى اصبت ناقة فقال عرفها فقال عرفتها فلم تعرف فقال ادفعها الى الوالى ولانها لقطة فربما تصل اليها يد خاينة فكان اخذها سببا لصيانتها كالشاة وما روى انه عليه السلام قال ضالة المسلم حرق النار يعنى اذا اخذها للركوب لا للتعريف ويحتمل ان يكون الايوا الذى في حديث جرير الايوا الا تعريف مع ذلك بل يتركها يتوا لنفسها بدليل حديث سراقة بن مالك انه قال لرسول الله ارايت الضالة ترد على حوض ابلى الى اجر ان سقيتها فقال في الكبد الحرا اجر وفي حال سقيه موى لها وحديث حذاؤها وسقاؤها محمول على ما لم يخف اما اذا خيف عليها اخذها للصيانة على ربها اولى والحذا بكسر الحا وذال معجمة والف ممدودة اراد به خفافها التى تقوى بها على السير واراد بالسقا اذا وردت الما تشرب ما يكون ريها من ظمئها • **قوله** نظرا من الجانبين اى جانب المالك بابقا عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع **قوله** في الاصل اى المبسوط شرط اقامة البينة حيث قال فان رفعها الى القاضى واقام بينة انه التقطها امره بان ينفق عليها وقوله البينة اى البينة تقام للقضا جواب سوال وهو ان يقال البينة لا تقبل فاجاب عنه وقال هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضا يعنى يعلم القاضى انها لقطة حتى يامره بالانفاق والخصم في مثل هذا ليس بشرط وفي الكرخى امره بالانفاق مقيدا بين يدى النفقات بان قال امرته بالانفاق او بالبيع ان كان الامر كما قاله وان كان بخلاف ذلك فلا امره بشى وهذا احتياط نظرا من الجانبين وهو الاصح • وفي رواية يرجع بمجرد الامر وقد بيناه في المبسوط • وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لا يرضى بنفقته • **قوله** لانه اى اللقطة على تاويل المذكور سببه الرهن من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشرا اذا انقد الثمن من ماله له ان يرجع الى الموكل • ولو هلك المبيع قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل ولو هلك بعد حبسه يسقط لانه في معنى الرهن عندنا خيار الحبس **قوله** • ولقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك واحمد والشافعى في قول وقال في قول تعرفها حتى يجى صاحبها وبه قال احمد في رواية لقوله عليه السلام في مكة لا يحل لقطتها وفي رواية ساقطتها الا لمنشدها قال ابو عبيد المنشد المعرف والناشد الطالب معناه لا يحل لقطة مكة الا لمن يعرفها • **وقيل** لا يصح تمسكه الا اذا جعل المنشد بمعنى الناشد وجعل الا بمعنى ولا تقديره لا يحل لقطتها لا لغير الملتقط ولا للملتقط وروى انه عليه السلام نهى عن لقطة الحاج رواه مسلم يعنى يتركها حتى يجى صاحبها قال ابن وهب **ولنا** قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكايها ثم عرفها سنة لا فصل بين لقطة الحل والحرم العفاص الوعا الذى تكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكا الرباط الذى يشد به وما رواه محمول

على نفى حل الالتقاط الا للتعريف ولهذا ذكر في رواية اخرى ولا يلتقط لقطة الا من عرفها والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط فيه باعتبار انها للغربا ظاهرا فتاول وبقول ان مالكما ذهب فلا يحتاج الى التعريف ولهذا ذكر في رواية اخرى ولا الملتقط لقطة الا من عرفها والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط فيه باعتبار انها للغربا ظاهرا فتاول ونقول ان مالكما ذهب فلا يحتاج الى التعريف فازال عليه السلام هذا الوهم بقوله الا لمنشدها اى لمعرفها اى لا يعرفها الا من يعرفها **قوله** وقال مالك والشافعى يجبر هكذا وقع في نسخ اصحابنا وذكر القايل بوجوب الدفع بالعلامة مالك واحمد وداود وابن المنذر • فان في كتب الشافعى قوله كقولنا • واحتجوا بقوله عليه السلام فان جاء احد يخبرك بعددها ووعايها ووكايها فادفعها اليه ولان صاحب اليد الى اخره ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان على غاصب المدبر باعتبار ازالة اليد فكان يدعى ما لا في يد غيره فيحتاج الى البينة لقوله عليه السلام البينة على المدعى والعلامة لا تدل على انها له فقد يقف المرء على مال صديقه وقد لا يقف على مال نفسه وحل الدفع عند اصابة العلامة بالحد **قوله** وهذا اى قوله عليه السلام ادفعها للاباحة لان الامر يجى لها يعنى تحمل عليه جمعا بين الحديث المشهور وبينه • **قوله** ويأخذ منه اى من صاحبها كفيلا يعنى اذا دفعها بالعلامة اما لو دفعها بالبينة فعن ابى حنيفة روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا كذا في جامع قاضى خان • عنده اى عند ابى حنيفة ورد الضمير اليه وان لم يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسئلة • صورته ميراث قسم بين الغرما او الورثة لا يوخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابى حنيفة وعندهما يوخذ • والفرق لابى حنيفة ان حق الحاضر ههنا غير ثابت فيمكن ان يكون غيره فيجى فيضمنه ولا يتمكن من الرجوع على الاخذ لانه قد يتوارى فيحتاط باخذ الكفيل • اما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم وحق الاخر موهوم فلا يجوز تاخير حق الحاضر الثابت لموهوم وهذا التعليل يدل على ان الدفع لو كان بالبينة لا ياخذ الكفيل • **قوله** لان المالك ههنا اى مالك اخر غير هذا المدعى في اللقطة غير ظاهر ولما اقر هو المالك يلزمه اقراره فيجبر بالدفع • وفي الوديعة بعد ما صدقه فالملك لغيره من حضره وهو المودع والمودع اقر له بحق القبض في ملك الغير واقراره في ملك الغير غير ملزم • ولو الملتقط بالتصديق وبالعلامة وجا اخر واقام البينة فان كانت اللقطة قايمة في يد الاخر انتزعت منه لان البينة اقوى من الوصف وان كانت هلكت فلصاحبها ان يضمن من شا من الدافع والاخذ وبه قال الشافعى واحمد وقال ابن القاسم صاحب مالك وابو عبيد لا يلزم على الملتقط شى لانه فعل ما امر به كما لو دفعها بامر الحاكم اذ الدفع واجب عليه **ولنا** دفع مال غيره بغير امره الى غير مستحقه فضمنها كما لو دفع الوديعة الى غير مالكها • ولو ضمن الملتقط يرجع على الاخذ لانه كان سبب تضمينه وعند احمد كوديعة بتصديق الواصف لا يرجع عليه لانه اعترف انه صاحبها ومستحقها وصاحب البينة ظالم بتضمينه • **وعندنا** يرجع في هذه الصورة ايضا لانه وان صدقه فقد كان ذلك منه اعتمادا على الظاهر ولا بقا له بعد الحكم بخلافه • والمقر اذا صار مكذبا في اقراره يسقط اقراره كالمشترى اذا اقر بالملك للبايع ثم استحق المبيع انسان من يده يرجع على البايع بالثمن كذا في فتاوى قاضى خان وفي المبسوط في زعم الملتقط ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره • اما في الوديعة لو صدقه الوكيل في دفع الوديعة اليه بالتصديق • ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره وهو مظلوم والمودع ظالم والمظلوم لا يظلم غيره **قوله** وقال الشافعى يجوز الانتفاع والتملك بطريق القرض كما بينا وبه قال احمد لحديث ابى بن كعب قال وجدت مائة دينار فاخبرنا النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له عليه السلام بعد ما عرفها ثلاث

سنين اخلطها بمالك فان جاء صاحبها والا انتفع بها فانها رزق ساقه الله اليك وكان لي من المياسير
حيث قال اخلطها بمالك والمياسير جمع ميسور ضد المعسور وهما صفتان عند سيبويه مصدران عند غيره
يعني حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لا للتصدق بل يصير ذلك سببا للالتقاط فيصير المال محفوظا على
المالك فانه متى علم انه لا يحل له الانتفاع بعد التعريف يرغب في الالتقاط والغني يشارك الفقير في هذا
المعنى فشاركه في حل الانتفاع • **قوله** لاطلاق النصوص اي نصوص المحرمة لتعرض ملك الغير بغير رضا
قال تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم • وقوله تعالى ولا تعتدوا
وقوله تعالى فمن اعتدى عليكم والاباحة للفقير بما رويناه وهو قوله عليه السلام فليتصدق به
فعلم ان الاباحة له بطريق التصدق • **قوله** على الاصل وهو ان الاصل حرمة الانتفاع بمال الغير بغير
اذنه جاز بادنه اي باذن الامام لانه في محل يجتهد فيه او عند الشافعي حل للغني واسقاغه حكم القرض
باذن الامام فان للامام ان يقرضها من الملتقط وغيره ولا كلام فيه وانما الكلام في الانتفاع بحكم
القرض بغير اذن الامام على انه يحتمل انه عليه السلام علم فقره وحاجته كديون عليه فاذن له في الانتفاع
بها والخلط بماله ويحتمل ان ماله دون النصاب ويحتمل ان ذلك المال كان حربيا لا امارة وذلك لان دار
الاسلام يومئذ لم يكن له سعة وقد عرف بها ثلاث سنين وكان الظاهر انها لو كانت لمسلم لظهر فلما
لم يظهر علم انها حربي وقد سبقت يده اليه فجعله النبي عليه السلام بقوله فانها رزق الله ساقه اليك
ولكن مع هذا امره بان يعرف عددها ووكاها حتى لو جاء صاحبها يمكن من الخروج مما عليه بدفع مثلها
اليه لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين جانب المالك بالثواب وجانب الملتقط بالانتفاع وقوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر بالجانبين • ولو التقط العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز عندنا
ومالك واحمد والشافعي في قول فاذا اتلفه طولب ربه بقضاء الدين او البيع فيه سواء اتلفه قبل
التعريف او بعده وبه قال احمد والشافعي في وجه لانه ضمان جناية فيتعلق برقبته ويظهر في
حق المولى • وعند مالك ان اتلفه قبل التعريف يومر المولى بالدفع والفداء • وان اتلفه بعد التعريف
يطالب العبد بعد العتق لان الشرع اذن له في الانتفاع فكان ضمانا تخصه فلا يظهر في حق المولى • و

كتاب الاباق

الحق الاباق باللقطة لمناسبة ظاهرة واللقطة والاباق
والمقصود متجانسة من حيث ان في كل منهما عرضة الزوال والهلاك في المبسوط الاباق تمرد في الانطلاق
وهو من سوء الاخلاق ورداه الاعراق يظهر العبد عن نفسه فرارا ليصير ماليته ضمارا فرده الى مولاه
احسان وهل جزاء الاحسان الا الاحسان • والاباق لغة الهرب من باب ضرب ونصر • **قوله** ممن يقوى
اي يقدر على الاخذ ولا نعلم فيه خلافا بين اهل العلم • **قوله** لانه لا يبرح مكانه اي الضال يطلب مالكه
فلا يبرح مكانه ظاهرا فيجد مالكه بخلاف الابق لانه يخفى عنه • وفي المبسوط لو حبس السلطان
الابق فجاء واحد واقام بينة انه له يحلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه لانه يحتمل انه
باعه او وهبه ولا تعرف الشهود ذلك • والاستحلاف مع انه ليس فيه خصم يدعي لا يجوز الا انه
تستحلفه لصيانة قضائه عن الخطأ بحسب الامكان والنظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتراه
موهوب له ولو دفعه • وفي اخذ الكفيل عنه روايتان ولو دفعه باقرار العبد بلا بينة ياخذ
كفيلا ويجوز الدفع باقراره لان العبد في يد نفسه فيعتبر اقراره كما لو ادعى الجزية • **قيل** في
الفرق بين الضال والابق ان الابق من يفر من مولاه قصدا والضال من ضل الطريق وهو في ذلك
غير قاصد **قوله** ياتي به اي بالابق الى السلطان وهذا اختيار السرخسي وقال الحلواني الاخذ بالخيار
ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذا واجد الضال الضالة بالخيار كذا في الذخيرة

قوله وهو اي القياس قول الشافعي وابن المنذر والنخعي وبعض اصحاب احمد ولكن لهم ما اتفق عليه
ويجب الشرط بان قال من رد علي ابقي فله كذا لانه اي الراد تبرع بمنافعه على سيده ولو تبرع بغيره من اعيان
ماله او رد الضال لا يستوجب الاجر الا بالشرط فكذا هذا • **وقلنا** ومالك واحمد في رواية
له الجعل استحسانا الا ان مالكا يقول ان كان بذلك معروفا يستحق الجعل والا فلا لان الصحابة اتفقوا
على اصل الجعل وان اختلفوا في مقداره • فقال عمر رضي الله عنه دينارا او اثني عشر درهما وقال علي
دينار او عشرة دراهم • وقال ابن مسعود حين قدم رجل بابق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب
اجرا وقال ابن مسعود وجعلا ايضا ان شاء من كل راس اربعين درهما فاخذنا باجماعهم في اصل
الجعل وكفى باجماعهم حجة ورجحنا قول ابن مسعود في مقداره لانه قال في مجلسه ذلك واشتهر
منه ولم ينكر عليه احد • وعن احمد ان رده من المصر له عشرة دراهم او دينار وان رده من خارج
سواء كان مدة سفر او لا فله اربعون وقال مالك له اجر مثله في قدر تعبه وسفره • وتكلف
طلبه ان كان ممن شانه وعادته طلب الاباق وان لم يكن ممن نصب نفسه لذلك فله نفقته
عليه لانه لما اختلف فيه الصحابة علم انه مقدر شيء معين فيجب اجر المثل • **فان قيل** ينبغي ان
يوخذ بالاقل المتيقن لا بالاكثر المشكوك • **قلنا** انما لم يوخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم
ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده فيما دون مدة السفر • وقول من افتى بالاكثر على
ما اذا رده من مسيرة السفر كما فسره عمار • فان قوله ان اخذه في المصر كان يعمادون مدة
السفر • وقوله ان اخذ خارج المصر كان عن مسيرة السفر اذ الاخذ بالاقل انما يكون اذا لم يمكن
التوفيق وهذا معنى قول صاحب الكتاب توفيقا وتلفيقا والتلفيق الضم يقال لفقت الثوب الفقه
وهي ان تضم شقة الى اخرى كذا في الصحاح ولان نصب المقادير بالراي لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم من
الفتوى الا السماع فكان كلا منهم روى ما قاله عن النبي صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة في الاخبار
عند التعارض اولى فلهذا اخذنا بالاكثر • **قوله** اذ الحسبة نادرة يعني الراد يحتاج الى عناء وعناء في رده
وقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ففي ايجاب الجعل له ترغيب له في رده فتحصل صيانة الاموال
قوله والسمع اي الدليل السمعي وهو الاجماع ورد في الابق فبقي الضال على القياس وامتنع الالحاق دلالة
لان الحاجة الى صيانة الابق فوق الحاجة الى صيانة الضال لانه لا يبرح مكانه فيجده سيده ساعة فساعة
بخلاف الابق فانه يتوارى عنه ويفر فلا يصل اليه ظاهرا ولا خلاف لاهل العلم في رد الضال واللقطة
لا يجب شيء اما لو تبرع به يكون حسنا ولو رده لاكثر مدة السفر لا يزاد على اربعين لان التقدير في مسيرة
السفر ثابت شرعا والثابت شرعا لا يجوز وهذا لان ادنى مدة السفر معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك
والحكم لا يتعرف به شرعا كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر يويده ما قال ابن مسعود فيمن رد من الفيوم الى
مكة في كل راس اربعين درهما • **قوله** ويقدر الرضخ الى الحزم • **فان قيل** هذا تكرار لما ذكر قبله وان
رده لاقل من ذلك فبحسابه • **قلنا** هذه الاوجه الثلاثة تفسير وتفصيل لما ذكره اولا فان المقدر
الشرعي اذا ثبت على خلاف القياس فيمنع ان يكون لما دون المقدر حكم المقدر فقال في الاستحسان ينبغي ان يرضخ
وفي الذخيرة ولو كان الابق لرجلين فالجعل على قدر انصبائهما • ولو كان احدهما غائبا فليس للحاضر
ان ياخذه حتى يعطي الجعل كله ولا يكون متبرعا في نصيب الغائب بل يرجع عليه • ولو قال لواحد
عبدي ابق فان وجدته خذه فقال المامور نعم ووجده على مسيرة السفر ورده على سيده لا جعل له
لان المولى استعان منه في رده وقد وعد له الاعانة والمعين لا يستحق شيئا • **قوله** وقال ابو يوسف له اربعون
وبه قال احمد تولة فينقص درهم لا نما دون الدرهم كسور ولا يجوز اعتبارها شرعا للتيسير **قوله** تحقيقا

للعالم اي فايدة ايجاب الجعل اذ وجوبه ثبت احيا الحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب الجعل بمنزلة
القن • **فان قيل** الجعل يجب باحيا المالية ولا مالية لام الولد خصوصا عند ابي حنيفة **قلنا**
المالك احق بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقد احياه بالرد فيوجب الرد الجعل بخلاف المكاتب فانه
احق بمكاسبه فلا يكون رده محييا للمولى ماليته لا باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب كذا في المبسوط
قوله لانهما اي المدبر وام الولد معتقان اما عتق المدبر بالموت فان خرج من الثلث يعتق بالاتفاق وان لم
يخرج يعتق ثلثه ويعتق كله عندهما وعند ابي حنيفة يصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب واما
عتق ام الولد فظاهر • **قوله** وهو في عياله الضمير يرجع الى الراد والجملة في ذلك ان الراد اذا كان في
عيال مالك العبد اي في مونته ونفقته لا جعل له سواء كان الراد ابا للمالك او ابنا له واما اذا
اذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له ايضا وان كان اباه فله الجعل
اليه اشار في الذخيرة • وشرح الطحاوي وفي المبسوط جواب القياس بان الراد هو ذو رحم محرم يستحق الجعل
في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ولكنه استحسن فقال اذا وجد الابن عبد ابيه فلا جعل له منه سواء كان
في عياله او لا لان رده على ابيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن • اما لو كان الراد ابا
فان كان في عيال ابنه لا جعل له لان ابق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب
مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الاب في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب فعلى هذا التقدير
كان قوله هو راجع الى الراد الذي هو الاب اذ في الابن كونه في العيال ليس بشرط • **قوله** اطلاق الكتاب
اي لفظ الكتاب وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة كذا كذا قوله في بعض النسخ اي نسخ مختصر
القدوري لا شيء له اي لا جعل له لانه اي الراد كالبايع كان المالك يشتريه بالجعل فلا يستحق ايفاء الثمن مع تعذر
التسليم للمبيع ولهذا كان له اي للراد ان يحبس الآبق حتى ياخذ الجعل لانه انما استوجب الجعل لانه انما استوجب
الجعل باحيا ماليته فكان لما يستوجب تعلق بماليته كالبايع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات الآبق •
في يد الراد لا جعل له لما قلنا ان الآبق كالمبيع وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب سقوط الثمن لان الجعل لاحيا
ماليته ولم يتم ذلك حيا حيث لم تتصل اليه يد سيده هذا اذا علم انه ابق اما لو انكر المولى اباقه فالقول •
له لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الراد وهو اخذ مال الغير بغير اذنه فهو يدعي ما يسقطه وهو •
الاذن شرعا بان يكون العبد آبقا والمولى ينكره فيكون القول له كما لو اخذ عبد الغير وهلك في يده ثم ادعى انه
اخذه باذن المالك والمالك منكر الا ان يشهد الشهود انه ابق من مولاه او المولى قر باباقه فحينئذ يجب •
له الجعل كذا في المبسوط • **قوله** ولو اعتقه كما لقيه اي كما راه قبل قبضه وقيد بالاعتاق لانه لو •
دبره لا يصير قابضا لان الاعتاق اتلاف ماليته فلا يكون قابضا **قوله** كما في العبد المشترى يعني عتق •
المشتري العبد المشترى قبل قبضه يصير به قابضا **قوله** وكذا اذا باعه اي المولى من الراد يصير
قابضا بالبيع حتى وجب عليه جعله وجعل قابضا لينفذ تصرفه فيه ولان سلامة البدل وهو الثمن كسلامة
العين وقوله والرد وان كان في الاخر جواب سؤال يرد على ما ذكره قبله بقوله لانه في معنى البيع
من المالك فانه جعل المالك بمعنى المشتري فكان بيعه من الراد بيع ما لم يقبض وهو منهي عنه بالحديث
فاجاب عنه بهذا وقال النهي فيما اذا كان البيع الاول بيعا من كل وجه • وبيع الراد من المالك
منه فيصير • **فان قيل** الشبهة ملحقة بالحقيقة في المحرمات **قلنا** هذه شبهة الشبهة
ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضى المالك لتحقق الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضى يتحقق
شبهة الشبهة **قوله** فلانها دخلت اي واجب على الاخذ فيه اي في الآبق عليه اي على الاخذ عندهما
كما في اللقطة • وعند ابي يوسف والائمة الثلاثة ليس بشرط وقد مر في اللقطة كما اذا اشتراه لي الراد

من الآخذ والهبة اي قبل هبته في المبسوط عبد ابق فاخذه رجل فاشتراه منه رجل آخر ورده على سيده فلا
جعل له لانه انما رده لنفسه فانه بالشرا قاصد لتملكه فيكون هو غاصبا في حق سيده وانما رده لاسقاط
الضمان عن نفسه • وكذا لو وهب له او اوصى له او ورثه لانه ضمنه بالاخذ على هذا الوجه فيكون رده
لاسقاط الضمان كما ذكرنا الا اذا اشهد عند الشرا انه يشتريه ليرده على سيده لانه لا يقدر على رده الا بالشرا
فحينئذ له الجعل ولا يرجع بالثمن على سيده قل او كثر لانه متبرع في ذلك كما لو انفق عليه بغير امر القاضي
قوله وهي حقه اي مالية العبد حق المرتهن اذ الاستيفا حقه منها اي من ماليته الا ترى انه لو لم
يرده حتى توى سقط دينه اذا كانت قيمته مثل الدين او اكثر فعلم ان الرد عمل له فعليه جعله وهو نظير
تخليصه من الجناية بالفدا وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذا ثمن الدوا فانه ايضا ينقسم
على الراهن والمرتهن اذا كانت قيمته زايدا على قدر الدين كتخليصه من الجناية بالفدا **قوله** وان
كان مديونا فان كان ماذونا فلحقه دين في التجارة او استهلك مال الغير او قربه مولاه **قوله**
وان رجع الى الوصل اي يجب الجعل عليه وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد وانما ذكر هذا الوصل لدفع
شبهة ترد على قوله فيجب على من يستقر الملك وعلى قوله فعلى المولى ان اختار الفدا لعود المنفعة اليه فعلى هذا
ينبغي ان يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين فاجاب عنه بقوله لان المنفعة للواهب بل بترك الموهوب
له التصرف في الآبق بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع وزوال
ملكه بالرجوع كزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه برجوع الواهب كما في الموت • **فان قيل**
المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه • **قلنا** نعم لكن ترك الموهوب له
التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك • **قوله** يتولى الرد فيه اي في الآبق
اذ هو الطالب لابق اليتيم عادة وشرعا فلا يتحقق منه الرد على نفسه وكذا لو كان اليتيم في حجر رجل يعوله
فرده الرجل لا جعل له لانه هو الطالب في العادة وكذا لا جعل للسلطان او الشحنة او الخفير لا جعل لهم في
رد الآبق والمال من ايدي قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم كذا في المبسوط والذخيرة • وفي المحيط لو اخذ
فغصبه من الاخذ رجل وجاء به الى مولاه واخذ جعله ثم جاء الغاصب واقام انه اخذه من مسيرة سفر •
باخذ الجعل من سيده ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه • ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر •
فلما دخل مصر سيده هرب من الاخذ فوجده آخر وجاء به الى سيده فلا جعل لواحد منهما • ولو خرج من
المصر بعد الهرب وجاء به الآخر من مدة سفر فالجعل للثاني

كتاب المفقود •

وقد ذكرنا مناسبته بباب الآبق يقال فقدت الشيء اذا غاب عني فقدا وفقودا وفقدانا فهو مفقود اي
غايب • ويقال تفقدته طلبته وكلاهما موجود في المفقود اذ هو اسم لحي غايب لم يدر موضعه ولا حياته
ولا مماته فاهله في طلبه • وفي المبسوط هو حي غاب عن بلده او اسر واهله في طلبه وقد انقطع خبره
واستتر عليهم اثره وخفي مستقره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتاخر اللقا الى يوم التناد والاسم من الاضداد
وله فيما يرجع اليه ما له حكم الحياة وفيما يعود الى غيره حكم الممات • **قوله** والمفقود بهذه اي عاجز
عن اقامة مصالحه • قوله ويخاصم اي من نصبه القاضي لحفظ ماله لفقده اي يفقد من بعث لحفظ ماله
قوله والخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك اي عند ابي حنيفة يملك الخصومة وعندهما لا يملك
الخصومة • **قوله** واذا كان كذلك يعني لما لم يملك وكيل القاضي الخصومة قضاء على الغايب وللغايب
الا اذا راه القاضي ينفذ الخصومة قضا على الغايب ولا يجوز للقاضي القضا على الغايب الا اذا راه القاضي
اي مصلحة وقضى به فحينئذ يجوز لانه اي القضا في مجتهد فيه وقضاؤه ينفذ في المجتهدات • **فان قيل**
المجتهد فيه نفس القضا فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضا قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف **قلنا**

لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضا وهو ان البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر او لا فاذا راه القاضي
حجة وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف كذا في الذخيرة **قوله** فينظر له اي للمفقود
بحفظ المعنى وهو المالية اذ حفظ الاثمان ايسر **قوله** الا في حفظ ماله لان ولايته نظرية وحفظ العين
فيما ياتي حفظه انظر له **قوله** وينفق الى اخره في المبسوط من كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة
له الا للزوجة لانها كانت معلومة ولا يستحق احد من الاغنيا في مال الحي سوى الزوجة لان استحقاقها
النفقة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسار واستحقاق غيرها باعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنا
المستحق **قوله** يكون اعانة او تمكينا للمستحق من الاخذ ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الاخذ فيعلمهم القاضي
على ذلك لا الزاما اذ اللزوم ثابت قبل القضا **قوله** لانه اي الثمن يصلح **قوله** اذا كانت الدراهم
او الدنانير **قوله** لم يكونا اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيا واحدا
فكذا ذكر بلفظ التثنية بدليل قوله بعده وان كان احدهما والدين والنكاح والنسب في شرط
الاقرار اي اقرار المودع مما ليس بظاهر من الوديعة او النكاح والنسب **قوله** هذا هو الصحيح عن جواب
القياس وهو قول زفر فانه قال لا ينفق من الوديعة شيا عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغايب
وهو ليس بخصم عن الغايب ولا يقضى عن الغايب بلا خصم حاضر عنه **قوله** فقلنا المودع مقر بان ما في يده
ملك الغايب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه **قوله** واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما
باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضا منه الى المفقود كذا في المبسوط **قوله** وفي الكافي وهذا التفصيل هو
الصحيح وليس هنا اختلاف الروايتين وفي الخنازية ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وينفق عليهم اذا
كانا مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب ومما ليس بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية
فان تاويل ما ذكر في كتاب النكاح انه لم يكن شي منهما ظاهرا عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة
الى هذا التاويل ونفي اختلاف الروايتين اذ للقاضي ولاية القضا بعلمه كما اذا اقر بين يديه ثم غاب
قوله يفرق القاضي بينه وبين امراته وان طلبت ذلك وتعتد عدة الوفاة فان عاد الزوج بعد العدة
ولم تتزوج زوجا اخر فهو احق بها وان تزوجت فلا سبيل له عليها كذا قضى عمر فيمن استهواه الجن اي جرته
الجن وبهتته ذكر في المبسوط عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت
خزيرا بالزاي والبا المنقوطتين مرقة تطبخ بما يصفى من بلالة النخالة في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من
الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا تعرف النخل فقلت نعم
فخلوا عني فجئت فاذا عمر رضي الله عنه ابان امراتي بعد اربع سنين فاعتدت وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها
علي وبين المهر **قوله** واهل الحديث يروون ان عمر رضي الله عنه جعل يتادبه حين راه وجعل يقول يغيب احدكم
عن امراته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا امير المومنين وذكر له قصته في هذا الحديث
دليل لمذهب اهل السنة ان الجن يتسلطون على بني ادم واهل الزيغ ينكرون ذلك على خلاف بينهم فمنهم من يقول
المستنكر دخولهم في الادمي لان اجتماع روحين في شخص واحد لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الادمي من غير
ان يدخلوا فيه **قوله** ومنهم من قال هي اجسام لطيفة فلا يتصور ان يحملوا جسما كثيفا من موضع الى موضع ولكنا
ناخذ بما ورد به الاثار قال عليه السلام ان الشيطان يجري من ابن ادم مجرى الدم **قوله** وقال عليه السلام
انه يدخل في راس الانسان فيكون على قافية راسه فنتبع الاثار ولا نشتغل بكيفية ذلك **قوله** اعتبارا
بالايلا والعنة يعني نفرق بينه وبين امراته دفعا للضرر عنها كيلا تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة
كما يفرق بين العنين والمولى بعد مضي السنة واربعة اشهر الا انا اخذنا الاربع من الايلا لشبهة به اذ
حقها في الجماع يفوت بصنيعه وهو السفر كما يفوت ثم بصنيعه وهو الايلا والسنة من العنة لشبهة بها

اذ حقها في الجماع فات هنا بسبب هو معذور فيه وهو الغيبة لانها مباح كما فات حقها بالعنة وهو
وهو معذور فيه وهو معنى قول المصنف علا بالشبهين وفي المعونة مذهب مالك في ان الاسير لا يضرب
اجل ولا تقع الفرقة حتى يستبين طلاقه او موته او تمضي مدة لا يعيش مثله الى مثلها لان حياته معلومة
وعذره عدم قصد المغايبة بها ظاهر فلا يضرب له الاجل وانما يضرب اربع سنين عنده فيمن غاب
اختيارا ولم يعلم مكانه ولا حياته **قوله** واما المفقود في المعركة فعند الامام يجتهد في حاله
فان غلب على ظنه انه من القتلى اعتدت امراته وتزوجت ولا يحتاج الى ضرب الاجل لان الاغلب من شانه
الهلاك ولكن يلزم عليه من استهواه الجن فانه غاب بلا اختيار **قوله** للبيان المذكور في المرفوع اي في
الحديث فان قوله حتى ياتيها البيان مجمل في ان اتيان البيان من اي طريق يكون فبنى على ذلك المجمل بقوله
حتى يستبين موت او طلاق **قوله** وعمر رجع ذكر عبد الرحمن بن ابي بكر ان عمر رضي الله عنه رجع عن
ثلث قضيات الى قول علي احدها مسئلة المفقود وغيرها مذكور في المبسوط **قوله** طلاقا
معجلا اي في الجاهلية لان الغيبة وفي بعض النسخ لان الغربة تعقب الاوبة اي الرجوع اذ الظاهر
حال الغايب ان يؤوب فلا يحل اي ينفصل **قوله** اذا تم له مائة وعشرين سنة لا نهاية لاعمارنا
قيل هذا يرجع الى قول اهل الطبايع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه
المدة لان اجتماع التخسين يحصل بالطبايع الاربعة في هذه المدة ولا بد من ان يضاد واحد من ذلك
طبعه في هذه المدة فيموت ولكن قولهم باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا كنوح عليه
السلام وغيره فلا يعتمد على هذا القول **قوله** بموت الاقران لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه
في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر المثل للنسا وبقاوه بعد موت كل اقرانه نادر
وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر **قوله** بمائة سنة وحكي ان ابا يوسف لما سئل
عن معنى هذا قال ابينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر يدور حول ابويه هكذا وعقد
عشرا فاذا كان عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين سنة يستوي هكذا
وعقد ثلثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة
الاثقال هكذا وعقد خمسين فان كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن
سبعين يتوكا على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان
ابن تسعين ينضم امعاوه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يحول من الدنيا الى العقبى كما يحول الحساب
من اليمنى الى اليسرى وهكذا يحمل من ابي يوسف على سبيل المطايبة لا ان يكون يعرف الحكم مثل هذا وكان محمد
بن سلمة يفتي في المفقود حتى تبين له خطاوه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين **قوله** والاقيس
ان لا يقدر بشي من المقدرات كالمائة والتسعين لان نصب المقادير بالراي لا يكون ولا نص فيه ولكن يقدر
بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشي اصلا يتعطل حكم المفقود **قوله** وفي الكافي والارفق بالناس ان يقدر بالتسعين
ان يقدر بتسعين سنة وعليه الفتوى لانه اقل المقادير والتفحص عن حال الاقران غير ممكن او متعسر عادة
وفيه حرج والغالب في زماننا تسعين في الحياة بعده نادر ولا عبرة للنادر والاقيس بفضل المقيس
كالاشهر في تفضيل المشهور عن العلامة مولانا حافظ الدين لا يفضل على المعقول الا على طريق الشذوذ لقوم
اسفل من ذات التخمين وفي الينابيع **قيل** يفوض الى راي القاضي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية وفي
القنية وهذا رواية عن ابي حنيفة **قوله** لم يرث منه اي من المفقود **قوله** باستصحاب الحال يصلح لابقا
ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا **قوله** وفي الامتناع عن قسمة ماله بين الورثة ابقا ما كان على ما كان
وفي توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا له **قوله** ولان حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح لحجة لرفع الاستحقاق

حقها

لا للاستحقاق فلا يستحق ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قولنا لا يرث المفقود احدا
ان نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود بل نصيبه يتوقف لان حياته محتملة والمحتمل يكفي للتوقف
كما في الجنين • **قوله** ومات الموصي اي لا تصح الوصية بل توقف • وفي الذخيرة لا يقضى بصحتها ولا يبطل حتى
يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذا في
الوصية **قوله** وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذي
المال في يده مات المفقود • **قيل** ايه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان الاقرار معتبر في حق ما
في يده وقد اقر بان ثلثي ما في يده للابنتين فيجبر على تسليمه اليهما لا يمنع اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود
لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر
من في يده المال اما لو جحد ان يكون للميت مال في يده فاقامت الابنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا
المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معنا وان كان ميتا فولده الوارث فانه
يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد
الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك واذا ثبت ذلك يدفع لهما المتيقن وهو النصف ويوقف
النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده جاحد فهو غير مؤتمن عليه • هذا اذا كان المال في يد اجنبي
اما لو كان في يد الابنتين فالمسئلة بحالها فالقاضي لا يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود
اي لا يخرج من ايديهما شيئا للمفقود وكذا لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود يعطى للابنتين النصف •
ويترك الباقي في ايديهما لانه لا يدرى من المستحق لهذا الباقي كذا في المبسوط والذخيرة **قوله** لانه اي
النصف متيقن به لانا قدرنا المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين • ولو قدرناه حيا كان نصيبهما النصف
فالنصف متيقن • **قوله** على ما عليه الفتوى هذا احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه يوقف للحمل ميراث
اربع بنين • وعما روي عن محمد فانه قال في رواية ثلاث بنين وفي رواية نصيب ابنين وهو رواية عن ابي
يوسف • وعن ابي يوسف انه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى كذا في التتمة وغيرها
قوله ولا يتغير بالحمل كما لو ترك امراة حاملا وجدة يعطى للجدة السدس لانه لا يتغير فرضه اصلا •
وصورة من يسقط بالحمل ما لو ترك امراة حاملا واخا او عما • وصورة من يتغير به ما لو ترك زوجة
وحملا او حملا واما فالام تاخذ السدس مع الولد ولو كان ميتا تاخذ الثلث وهكذا في المفقود •

كتاب الشركة

للشركة مناسبة بالمفقود والاباق واللقطة •
من حيث ان المال امانة في يد الشريك كما ان الابق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده امانة
وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان قرب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مال المفقود •
الحاصل من الارث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة وفي الشركة اختلاط المالين فكذا ذكرها عقيب
المفقود وقدم المفقود لمناسبة خاصة له بالاباق على ما ذكرنا • ثم الشركة لغة اختلاط الشريكين
النصيبين فصاعدا او تركيبهما بما يدل على الخلط • ومنه الشركة بالتحريك حبالة الصائد لتشابكها وخلط
بعضها بالبعض ويطلقوا اسم الشركة على العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لما ان العقد سبب له
وشرعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع • والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث
وقال تعالى وان كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض والخلطاء هم الشركاء • ومن السنة ما روي
البراء بن عازب وزيد بن ارقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي عليه السلام فقال
اما ما كان بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه • وعنه عليه السلام انه قال يقول الله تعالى انا ثالث
الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه ابو داود • وعنه عليه السلام انه قال

يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا • وروي ان السائب بن شريك وفي شرح الوجيز السائب بن يزيد كان شريكه
عليه السلام قبل المبعث فجاء الى النبي عليه السلام وقال اتعرفني فقال عليه السلام كيف لا اعرفك
وكنت شريكي وكنت خير شريك لا تداري ولا تماري اي لا تلاح ولا تخاصم • وبعث النبي عليه السلام
والناس يفعلون فاقرهم عليه واجمعت الامة على جوازها • واما المعقول فهي طريق ابتغاء الفضل
وهو مشروع بالكتاب • **قوله** وهذه الشركة اي شركة الاملاك قوله بمنع التمييز اصلا اي اصلا و
كخلط الحنطة بالحنطة او الاخرج كخلط الحنطة بالشعير ولذا ما يملكان بصدقة او وصية **قوله**
وقد بينا الفرق في الاجر وفي مبسوط شيخ الاسلام الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي
سبب لزوال الملك عن المخلوط اي الخالط • فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه
دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك كانه منع ملك نفسه عملا بالشبهين وفي
الفوائد الظهيرية الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة
يشار اليها مشتركة بينهما لانه يجوز فيبيع احد بما نصيبه منها نحو جائز سواء كان بيعه من الشريك
او الاجنبي • اما لو كانت الشركة بالخلط او الاختلاط فكل حبة يشار اليها ليست مشتركة بينهما لانه
يجوز ان تكون تلك الحبة بجميع اجزائها ملكا لصاحبه ويجوز ان تكون ملكا له فلا يجوز في هذه الصورة
من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها الا جزءا شائعا ولا كلا فيتوقف جواز بيعه الى اذن شريكه
لاختلاط المبيع مع غيره اما لو كان البيع من شريكه فيمكن التسليم فيجوز • **قوله** شارك كل في كذا وكذا اي
كذا من المال وكذا من التصرف اي في البزازة والبقالة او في عموم التجارات وقوله عقد الشركة بالنصب على
المصدر • وقوله قابلا للوكالة احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد
فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك ولما كانت شركة العقود
متضمنة للوكالة علل بتضمن هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما يستفاد من العقد مشتركا اذ لو لم
يكن كل واحد وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه لا يكون المستفاد مشتركا اذ لو
لم يكن كل واحد وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف وخص المفاوضة بتضمن الكفالة لانها
تقتضي المساواة فيما يتصل بالتجارات من النفع والضرر وانما يستويان في الضرر اذا كان كل واحد
مطالبا بسبب تجارة الآخر كذا في مبسوط شيخ الاسلام • **وقيل** في وجه الانحصار على الاربعة
ان العقد اما ان ذكرا فيه المال او لم يذكرا فان ذكرا شرطا المساواة في المال وربحه وتصرفه وضرره ونفعه
او لا فان شرطا فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال فلا يخلو اما ان شرطا العمل في مال
الغير او لا فالاول الصنائع • والثاني الوجوه يقال الناس فوضى في هذا الامر اي سواء لا تباين بينهم والسراة
جمع السري قال في الصحاح هو جمع عزيز لا يعرف غيره جمع فعيل على فعلة سري يسري سراوة اي صار
سريا وترك السري من الرجال بنفسه وابن السري اذا سري اسريهما • وجعل في المفصل السراة اسم جمع
للسري كركب في راكب وقائل الشعر افوه الاودي وهو اسم شاعر يقال رجل افوه وامراة فوهاء من الفوه
بالتحريك وهو سعة الفم وتمام الشعر • تهدى الامور باهل الراي ما صلحت • فان تولت فبالجهال
تنقاد • ومعنى الشعر اذا لم يكن للناس امير وسيد كان كل مستقل بنفسه فيتحقق المنازعة والفساد
وكان اشارة الى التوحيد المستفاد من قوله تعالى لو كان فيهما الهة الا الله لفسدتا وفي المبسوط اشتقاق
المفاوضة من التفويض اذ كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه ولابد من المساواة في المال ابتداء وانتهاء
لان المفاوضة من العقود الجائزة اذ لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم
الابتداء وفي ابتداء العقد المساواة في المال شرط فكذا في الانتهاء حتى لو زاد احد المالين قيمة قبل الشراء

فالمفاوضة منتقضة وذلك اى تحقق المساواة فى المال وفى التصرف والدين على ما يجى **قوله** والمراد به اى بالمال الذى يشترط به المساواة ما تصح الشركة كالدراهم والدنانير اما فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لا يشترط فيه المساواة حتى لو كان لاحدهما ديون على الناس لا يبطل المفاوضة ما لم يقبض الدين ذكره فى الايضاح والذخيرة **قوله** وهو اى القياس قول الشافعى وبه قال احمد وقال مالك ما اعرف المفاوضة • وفى الكافى وهو بنا فيض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور وزد هذا الى قوله ما ادرى ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض • وفى المبسوط ان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها • وان كان لا يعرفها شرعا فقد روينا فيها الحديث • وفى الحلية والمغنى لابن قدامة • وحكى عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز فى الجملة وصفتها عنده ان يفوض كل واحد الى الاخر التصرف مع حضوره وغيبته ويكون يده كيده ولا اشترط التساوى فى المال **قوله** انها اى المفاوضة تضمنت الوكالة بشراء شى مجهول الجنس والكفالة لمجهول مجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة فكان المكفول به وله مجهولان وكل واحد من الوكالة بمجهول الجنس والكفالة للمجهول بانفراده فاسد فعند الانضمام اولى اذ باجتماع المفسد يزداد الفساد • **فان قيل** الوكالة العامة جائزة كما لو قال لاخر وكلتك فى مالى اصنع ما شئت حتى لا يجوز له ان يتصرف فى ماله ما يشاء • **قلنا** العموم ليس بمراد هنا فانه لا يثبت الوكالة فى شراء طعام الاهل وكسوتهم فاذا لم يكن عاما يكون توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان • قوله عليه السلام فاوضوا فانه اى عقد المفاوضة اعظم للبركة • وقوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة قال ابن قدامة فى المغنى لا يعرف الخبر ولا رواه اصحاب السنن **قيل** هذا لا يدل على عدم صحته اذ ليس من شرط صحة الحديث ان يرويه اصحاب السنن **قوله** وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع وقوله كالجهالة متحملة تبعا جواب عن جهة القياس يعنى كم من شى يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فان الوكالة بمجهول الجنس لا يثبت قصدا وتثبت ضمنا بالاجماع كما فى المضاربة وشركة العنان ولان المقصود من المضاربة تحصيل الربح وهذا المقصود لا يفوت بجهالة المشترى وكذا الكفالة للمجهول لا تثبت قصدا وتثبت ضمنا لضرورة المساواة اذ المفاوضة تقتضى المساواة فى النفع والضرر ومن ضرورتها الكفالة للمجهول كذا فى المكسوطين ولان الجهالة مبطلة باعتبار المنازعة لا بذاتها ولا منازعة ههنا **قوله** لتعذر شرائطها اى شرائط المفاوضة من علم العوام فان اكثر الناس لا يعرفون جميع احكامها ولهذا اشتبه على المجتهد فلا يتحقق الرضا منهما بحكم المفاوضة قبل علمهما فيجعل تصريحهما بلفظ المفاوضة قائما مقام ذلك كله لان المعتبر هو المعنى لا اللفظ ولهذا يجعل الكفالة بشرط براءة الاصل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة **قوله** لما قلنا وهو تحقق التساوى اذ الكفر كله ملة واحدة عندنا • قوله بين الشفعوى والصواب الشافعى المذهب وقد بيناه فى باب الوتر والحنفى المذهب وفى بعض النسخ الحنيفى والصواب الحنفى الذى حنيفى الاسلام لان الحنفى منسوب الى ابى حنيفة فالنسبة الى فعيلة فعلى بحذف يا فعيلة كمدنى واما النسبة الى الفعيل دون الفعالة كالحنيف حنيفى بلا نعر كذا فى المغرب • **قوله** فى متروك التسمية اى عمدا فان الشافعى المذهب يعتقد المالية منه والحنفى لا يعتقد ومع ذلك تجوز المفاوضة بينهما **قوله** الا انه اى عقد الشركة بين المسلم والكافر لانه يحتمل ان يباشر غير الجائز فيصير سببا لوقوع المسلم فى الحرام • قوله ولهما انه لا تساوى الى اخره • **فان قيل** يشكل بمفاوضة الكتابى بالمجوسى حيث يصح ولا مساواة فى التصرف بينهما فان المجوسى يتصرف فى الموقوذة لانه يتصرف ويعتقدها المالية والكتابى لا يتصرف وكذا الكتابى يواجر نفسه للذبح والمجوسى لا يواجر نفسه للذبح وكذلك الشافعى مع الحنفى فى متروك التسمية •

كما ذكرنا

كما ذكرنا • **قلنا** اما مسئلة الموقوذة فان من يجعل الموقوذة مالا فى حقهم لا يفصل فيه بين الكتابى والمجوسى فتحقق المساواة • واما مسئلة المواجرة فالمساواة بينهما ثابتة فى ذلك معنى • فان المجوسى من ان يتقبل ذلك العمل واجارته نفسه للذبح صحيحة موجبة للاجر حتى لو فعل بنايبه يستحق الاجر • واما متروك التسمية لا يحل التصرف فيه لا للشافعى ولا للحنفى لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف كذا فى المبسوط • وفى الايضاح واما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما فى قولهم هكذا ذكره ابو الحسن وذكر فى الاصل قياس قول ابى يوسف انه يجوز **قوله** • ولا بين الصبيين وان اذن ابوهما لانهما ليسا من اهل الكفالة ذكره فى المبسوط • **قوله** اذ هو اى عقد شركة العنان وبه صرح فى المبسوط لان المفاوضة اعم من العنان فاذا بطل معنى العموم بقى معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز اثبات الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز اثبات الخصوص بلفظ العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما فهذا عنان عام وقوله ولا يشترط ذلك فى العنان من صورة المسئلة • **قوله** وينعقد اى المفاوضة على الوكالة والكفالة واختصاص المفاوضة انما يكون بالكفالة لا غير ومعنى الكفالة ههنا ان يطالب كل واحد من شريكى المفاوضة بما باشره الاخر • اما لو كفل احدهما عن اجنبى بمال هل يلزم الاخر فيه اختلاف يجى **قوله** على ما بينا اراد به قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما جميعا لما بينا ان المفاوضة تقتضى المساواة فيما يتصل بالتجارة من النفع والضرر والنفع هو الربح والضرر توجه المطالبة لان الخراج بالضمان **قوله** وكذا الادام وفى المبسوط وكذا الخادم التى يطاها فانى اجعل ذلك لمن كان فى يده ولا اجعله فى الشركة استحسانا • وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان مقتضى العقد المساواة قوله وللبايع اى لبايع الطعام والكسوة والادام والخادم • **قوله** وصاحبه بالكفالة لانه بالعقد كفل منه ما لزمه بالشراء فكان توجه سبب المطالبة على كل واحد منهما بسبب على حدة فيطالبه لذلك ولان فى عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة فى ان لا يقع عقد كل احد الشريكين متضمنا للكفالة فتثبت الكفالة • قوله والاستيجار • وفى المبسوط سواء استاجر للتجارة او لحاجة نفسه لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة • ومن القسم الاخر الجناية اى على بنى آدم • اما ضمان الغصب والاستهلاك فالاخر مطالب عند ابى حنيفة خلافا لهما كما يجى فى المبسوط اذا ادعى رجل على احدهما خراجه خطا لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك اذ لا خصومة له مع شريكه اذ لا يكون احدهما كفيلا عن الاخر فيما ليس من التجارة وكذا المهر والخلع والصلح عن دم العمد اذا ادعى على احدهما وحلفه ليس له ان يحلف الاخر لما بينا بخلاف ما لو ادعى على احدهما بيع خادم بخدم فللمدعى ان يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم اذ كل واحد لو اقر بما ادعاه المدعى يلزمهما بخلاف الجناية فانه لو اقر بها احدهما لا يلزم الاخر فلا فائدة فى الاستحلاف • وصورة الخلع ما لو عقدت المراة مع اخر عقد مفاوضة ثم خالعت زوجها بمال لم يلزم ذلك على شريكها ولذا الوثر بدل الخلع لا يلزم شريكها • **قوله** لانه اى الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبى والعبد المأذون والمكاتب • قال شيخ الاسلام انما لا تصح الكفالة من المأذون والمكاتب وان كانت تتم معاوضة لا تتم معاوضة ضرورة الانعقاد فباعتبار الانعقاد لم يصح منهما لانها تلاقى الذمة والذمة فى المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه فى الذمة بقدر القيمة فاذا لم ينعقد فى حقه باعتبار التبرع لم يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وههنا انعقدت الكفالة لانها لاقت حقه فتتم معاوضة • **قوله** ولو صدر اى الكفالة على تاويل عقد الكفالة وقيد صدور الكفالة بحالة المرض لان المريض لو اقر بالكفالة السابقة على حالة الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها لاقى حالة

العموم ثم

بقائها وفي حالة البقاء الكفالة معاوضة على ما يجيء ذكره في الاسرار **قوله** وصار كالاقراض وفي
الاقراض اختلاف فانه ذكر في الايضاح لو اقرض احد المفاوضين مالا او اعطاه رجلا واخذ السفتجة
كان جائزا عليهما ولا يضمن نوى المال اولا وفي قياس قول ابي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال
وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك
فكذا القرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة تبرع يستلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض **قوله**
انه اي عقد الكفالة ومعاوضة انتهاء كالهبة بشرط العوض لانه اي عقد الكفالة ومعاوضة انتهاء
كالهبة بشرط العوض لانه اي عقد الكفالة يستوجب الضمان باعتبار الرجوع فبالنظر الى البقاء يتضمنه
المفاوضة وكلامنا في البقاء لانا نقول يلزم شريكه بعدما لزم عليه بخلاف المكاتب والماذون والمريض
لان الكلام ثمة وقع في الابتداء حتى لو اقر المريض بالكفالة في حالة الصحة يعتبر من كل المال لان
الاقرار لا في حالة البقاء بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب الكفيل قبل المكفول
عنه شيئا ولئن سلم اي ولئن سلمنا ان الاقراض لا يلزم صاحبه فهو اعارة فيكون تبرعا بقاء ايضا فيكون
لمثلها اي لمثل الدراهم المقبوضة حكم عينها لا حكم البدل اذ لو كان لها حكم البدل يؤدي الى تمليك الشيء
بجنسه نسيئة وهذا لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء كذا في المبسوط **قوله** حتى لا يصح فيه الاجل
اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جائز ولكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل **قوله** ومطلق الجواب
وهو قوله ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي الى اخره محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وهو
المكيون **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وفي المبسوط والايضاح وكذا ضمان الخلاف في الوديعة
والعارية والاقرار بهذه الاشياء يلزم شريكه بخصيص ابي حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده انما يصح
في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك فان فيهما محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة
مع ابي يوسف كما ذكر في الكتاب لابي يوسف في ضمان الغصب والاستهلاك انه واجب بسبب ليس هو
تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية **لهما** ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار
الماذون به وكونه مواخذا به في الحال وكذا يصح اقرار الصبي الماذون والمكاتب به وهذا لانه
بدل مال يحتمل الشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب
والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل واحد من المفاوضين ملتزما ماله فيجب عليه كذا في
المبسوط والايضاح وفي الكافي والاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا وفاقا لانها تبرع
فلا ينتظمها عقد المفاوضة وقال ابو حنيفة انها معاوضة انتهاء اذ لو هلك الرهن في يد المرتهن
يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه وان اقر احدهما بدين لم تجز شهادته له لو لا داود زد
لا يلزم الاخر عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هولاء عنده خلافا
لهما وسياتي في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** وما لا يصح فيه الشركة فقوله يصح فيه الشركة صفة مالا
اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ووصل الى يده اي قبضه ولذا
لو تصدق عليه ووصل الى يده **قوله** ولدوامه حكم الابتداء لانه غير لازم فان احدهما لو امتنع
عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك فصار كالوكالة المفردة فهاركانها انشاء الشركة
في الحال ولا مساواة بينهما فيكون عنانا **فان قيل** الاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد كل واحد من
المتعاقدين الفسخ ويجبرهما القاضي على المضي ومع ذلك لدوامها حكم حتى لا يبقى بموت احد المتعاقدين
فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه اذ للعقد اللازم لدوامه حكم الابتداء كما في الاجارة
قيل في جوابه الاجارة عقد غير لازم كما قال شرح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فكان بمنزلة

العارية الا انه عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين كما في البيع وانفساخه
بموت احدهما لا باعتبار كونه لازما بل باعتبار فوت المستحق لان رقبة الدار ينتقل الى الوارث وكذا بموت
المستاجر لو بقي يبقى ملك المنفعة لوارثه والمنفعة المجردة لا يورث ولهذا الموصى له بالخدمة
يبطل الوصية وكذا الوارث دينا وهو دراهم او دنانير لا تفسد المفاوضة ما لم تقبض الديون لان هذه
المفاضلة لا تمنع ابتداء فكذا لا يفسد بقاء كذا في الايضاح **فصل** لما ذكر اشتراط المساواة
في راس المال احتاج الى بيان ما يصلح من الاموال لراس مال الشركة شرع فيه **قوله** لا ينعقد الشركة
الا بكذا في المبسوط يكون المفاوضة والعنان في شركة التقبل والوجوه مع عدم المال فيهما فكان قوله لا ينعقد
الشركة الا بكذا كيف يختص **ولو قيل** المراد شركة المفاوضة لان اللام للتعريف في الشركة فينصرف الى
المذكور السابق **قلنا** المفاوضة تجوز في الوجوه والتقبل كما قلنا وشركة العنان لا تجوز الا بكذا ايضا
فلا فائدة في التقييد بالمفاوضة قال شيخي العلامة صاحب النهاية المراد شركة المفاوضة لانه شرع فيه
بعد بيان المفاوضة ولهذا بدا بعد هذا ببيان شركة العنان بقوله واما شركة العنان ثم قال لعدم ولا يصح الا
بما بينا ان المفاوضة تصح به **قوله** بالفلوس النافقة قيد بالنافقة لانه لا يجوز بغير النافقة لانها من
العروض وكذا بالتبر النافقة يجوز ولا خلاف للائمة في ان الشركة بالنقدين تصح والفلوس النافقة والخلاف
في العروض فقال اصحابنا واحمد والشافعي في وجه لا يجوز وقال في وجه لا يجوز **وقال** في وجه ان كان
العروض مثليا يجوز المثلي بشبه النقود ويرجع عند المفاوضة بمثلها وقال مالك يجوز بالعروض اذا
كان الجنس واحدا لا شتراكهما في راس مال معلوم فصارت كالنقود واشتراط اتحاد الجنس بناء على ان الخلط
شرط عنده وعن احمد في رواية تجوز الشركة والمضاربة بالعروض وبه قال الاوزاعي وطاوس وحماد
بن ابي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وحصول الربح في العروض كحصوله في
النقود فيصح ويرجع كل واحد عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما جعلنا نصاب زكاتها قيمتها
قوله ولنا فيها اي في المضاربة ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فيقتصر على مورد الشرع وهو
الدراهم والدنانير ولنا انه اي عقد الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه
اذا كان راس المال عرضا صار كل واحد وكيلا عن صاحبه ببيع متاعه على ان يكون له بعض ربحه والوكيل
بالبيع امين فاذا شرط جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن بخلاف النقود فان كل واحد وكيل عن صاحبه بالشراء
بماله وما اشترى كل واحد براس المال لا يتعلق الثمن به بل يثبت في ذمته لعدم تعيينه بالتعيين فيكون
الثمن واجبا عليهما فيكون الثمن والربح بينهما ضرورة فاذا شرط له بعض الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان
الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة فان الربح لا يظهر الا بعد سلامة راس المال والقيمة
لا تعرف الا بالحزر والظن اذ قد تقوم الشيء باكثر من قيمته وتختلف قيمة الشيء باختلاف المقومين فيفضي الى
التنازع ولان قيمة عرض احدهما قد يستوجب جميع الربح بان باع عرضه باضعاف قيمة الاخر مثل قيمته
اي جميع المال فيؤدي الى ربح ما لم يضمن **قوله** باعيانهما قيد باعيانهما لتظهر ثمرة الخلاف لانه لو
باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد وعند
محمد لهذا ولمعنى الثمنية **أما** لو كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز لان الثمنية عند محمد ثبت
بالاجماع فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقي معنى الثمنية لم تتعين بالتعيين فصلحت راس المال بالشركة
والمضاربة كالدراهم والدنانير **وعندهما** الثمنية تبطل باصطلاحهما واذا بطلت بقيت عروضا فلا تصح
الشركة والمضاربة بها كذا في الايضاح وفي الكافي وقال الاسبيجابي في مبسوطه الصحيح ان عقد
الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس **ولهذا** لو اشترى شيئا بفلو

بعينها لم تتعين تلك الفلوس للثمنية حتى لا يفسد العقد بهلاكها قبل القبض • **قوله** والاول اقيس
واظهر اى كون راى ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا
متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة متبنية على تلك المسئلة
قوله فيهما اى في الشركة والمضاربة • قوله الا ان الاول وهو رواية الجامع الصغير اصح وجعل في المبسوط
ذلك ظاهر الرواية الا عند جريان التعامل استثنا من قوله ان الاول اصح لانها اى مثاقيل الذهب
والفضة وباستعمالها اى باستعمال المثاقيل • **قوله** ولا خلاف فيه اى في عدم جواز الشركة بالمكيل
والموزون • قوله ويظهر الخلاف الى آخره فعند ابي يوسف لا يستحق زيادة الربح كل واحد من الربح بقدر
ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما شرطا • وجه ابي يوسف ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه
بالخلط وعدمه لان قبل الخلط انما لا يجوز شركة العقد بها لانها متعينة واول التصرف فيها بيع فيؤدي
الى ربح ما لم يضمن وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين •
والمخلوط المشترك لا يكون الا معينا فيتقرر المعنى المفسد فلا يكون مصححا للعقد **قوله** ولمحمد انها اي
المكيل والموزون والعددي المتقارب عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين ثمن من حيث يصح الشرا بها دينا في
الذمة اذ هو من احكام الثمن فعملنا بالشبهين اى بشبه العرض والثمن بالاضافة الى الحالين حالة الخلط
وعدمه فلشبهها بالعروض لا يجوز الشركة بها قبل الخلط وعدمه فلشبهها بالاثمان يجوز بعد الخلط
وهذا لان باعتبار الشبهين يضعف اضافة عقد الشركة اليها فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط
لان الخلط سبب شركة الملك لا محالة فتتاكد به شركة العقد لا محالة والعكس يتضمن ربح ما لم يضمن •
قوله من ذوات الامثال حتى يضمن مثله من اتلفه فيمكن تحصيل مال كل واحد منهما وقت القسمة
باعتبار ومن جنس ذوات القيم حتى من اتلف هذا المخلوط تلزمه قيمته واذا لم يكن من ذوات الامثال
كان كالعروض كذا في المبسوط • **قوله** في كتاب القضا وفي الكافي اراد قضا الجامع الصغير •
قوله وهذه شركة ملك في الكافي هذا مشكل لان ذلك تحصل بمجرد البيع فلا يحتاج الى قوله ثم عقد
الشركة الا ان يقال اراد بقوله عقد الشركة اى شركة ملك وفيه بعد قال شيخي العلامة عدم جواز
الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا • والثاني جهالة راس المال فاذا
باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة فقال القدوري يجوز واختاره شيخ
الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمرغيناني من اصحاب الشافعي لان راس المال صار
معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما
ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة
عنان او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا • **وقيل** على
قياس قول محمد يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط • وعلى قياس ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافا
الى حال بيعهما العروض بالدراهم فيجوز لانه يصير عقدا مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة
لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية لا يجوز عقد
الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى الفقه كيفما جهالة راس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل •
والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة اصلا لانها من ذوات الامثال • وبخلاف ما اذا باع
نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون
ذلك راس مالهما • ثم تثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز عليه ايراد
العقد كبيع تبعا للارض • ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكر القدوري لانه شركة عقد

ولا اعتبار لهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح مال الشركة وهو نظير ما ذكر القدوري
ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة • ثم عدل المصنف بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا
الكتاب نظاير كثيرة **قوله** يبيع صاحب الاقل الى آخره بيانه ان كانت قيمة عرض احدهما اربع مائة
وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا
ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما • **قوله** واما شركة العنان الى آخره العنان مشتق من عن اي كذا
اي عرض قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كان نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل • السرب قطيع من الظبا
والبقر الوحش والجمع اسراب والنعاج جمع نعجة وهي الانثى من بقر الوحش والعذارى جمع العذراء من النسا
والدوار بفتح الدال وضمها صنم كانت للعرب تنصبه وتدور حوله والملا جمع الملاءة والمذيل الطويل الذيل
وانما ذكره حملا على اللفظ معناه ظهر لنا قطيع من بقر الوحش كان اناث ذلك القطيع نسا عذارى يطفن
حول حجر منصوب في ملا طول ذيلها شبه المها في بياض الوانها بالعذارى لانه لا يغير الوانهن حر الشمس
وغيره وطول اذنابها وسبوغ شعرها بالملا المذيل وشبه حسن مشيها بحسن تبختر العذارى في مشيتها
قال ابن السكيت كانه عن لهما شي فاشتركا فيه قال بعض اهل اللغة هذا شي احدثه اهل الكوفة ولم
تتكلم به العرب وليس كذلك لما ذكرنا من شعر امرئ القيس • **وقيل** هو ماخوذ من عنان الفرس كما
ذهب اليه الكسائي والاصمعي اذ كل منهما جعل عنان التصرف في بعض ماله الى صاحبه • اولانه يجوز ان يتفاوتا
في المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والارخا كذا في المبسوط والايضاح والمغرب •
قوله وهذا اى معنى العنان لا ينبي عن الكفالة **قوله** ويتفاضلا في الربح وكذا عكسه وبه قال احمد وقال
زفر والشافعي ومالك لا يجوز • وفي فتاوى قاضي خان لو شرطا المساواة في الربح او اشترطا لاحدهما
فضل ربح ان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا او عمل احدهما • وان شرطا العمل على من
شرط له فضل ربح جاز ايضا • وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لا يجوز • وفي الذخيرة والحاصل ان في هذه الشركة
العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي يجاز عند علمائنا الثلاثة • **قوله** اذ الضمان بقدر
راس المال ولهذا لا يصح شرط الوضيعة على هذا الوجه فكان الربح على قدر راس المال كالحاصل قوله
كما في المضاربة • **فان قيل** في المضاربة لو شرط عمل رب المال يفسد العقد وههنا لا يفسد فكيف
يجوز الحاقه بالمضاربة • **قلنا** المضاربة امانة وتمام الامانة يقف على التخلية فاذا شرط عمل
رب المال لم توجد التخلية • اما ههنا فكل واحد كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال لا يبطل العقد
فان من استاجر اجيرا لنفسه على العمل كان جايزا كذا في الايضاح • **قوله** تخرج العقد به اى باشتراط جميع
الربح لاحدهما من الشركة لان الشركة هو ان يكون الربح مشتركا • ثم لو شرط جميع الربح لاحدهما لا يخلو اما
ان شرط للعامل فاسمه القرض او شرط لرب المال فاسمه البضاعة والضمير في باشتراطه في الموضعين للربح •
قوله وهذا العقد اى عقد شركة العنان • قوله ويشبه الشركة اى شركة المفاوضة **فقلنا** يصح
ليشترط الربح من غير ضمان هذا جواب عن قول الخصم وهو ان اشتراط زيادة الربح تودي الى ربح ما لم يضمن
وقلنا اشتراط الربح موجود في المضاربة وذلك بالاجماع جائز • **وقلنا** يشبه المفاوضة لا يبطل
باشتراط العمل عليهما • **قوله** اذ اللفظ لا يقتضيه اى لفظ العنان لا يقتضي التساوي بخلاف لفظ المساواة
على ما ذكرناه • قوله ومن الآخر سود اى دراهم سود وهي من النقرة ايضا **قوله** واذا هلك مال الشركة
الى آخره في الذخيرة اشتركا شركة عنان ثم هلك احد المالين قبل الشرا وقبل الخلط يهلك من صاحبه سوا هلك
في يده او في يد صاحبه او في ايديهما لان راس مال كل واحد منهما قبل الشرا وقبل الخلط باق على ملكه وتبطل •
الشركة بخلاف المضاربة والوكالة المفردة حيث لا يبطل عقد المضاربة وعقد الوكالة بهلاك الدراهم على ما نبح

واحترز بقوله والوكالة المفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما
تبطل ببطلان ما تضمنهما لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا • قوله لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله
الا على تقدير بقاء ماله يشركه فيه قوله فالمشتري بينهما وان لم يصرحا بالوكالة في العقد لانه حين وقع
وقع مشتركا بينهما كذا في الايضاح • قوله خلافا للحسن فان عنده شركة ملك حتى لا ينفذ بيع احدهما الا في
نصيبه لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو على حكم
الشراء وهو الملك فكانت شركتهما شركة ملك قال محمد هلاك الدنانير بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم
وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا لشركة العقد بينهما كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين كذا في المبسوط ووضع
المسئلة في ان الدنانير من جانب والدراهم من جانب قوله وقد بيناه وهو قوله معناه اذا ادى من ماله
بنفسه • قوله ان صرحا بالوكالة الى اخره في المبسوط ذكر في بعض المواضع فالمشترى بالمال الباقي بعد ذلك
يكون المشترى بينهما نصفين وانما اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال تكون للثاني مشتريا لنفسه •
خاصة وضع المسئلة فيما اذا اطلقا الشركة فيكون المشتري بمال احدهما بينهما على الاطلاق من قضية عقد •
الشركة وقد بطلت بهلاك مال احدهما فيكون الاخر مشتريا لنفسه وحيث قال المشتري بمال آخر •
بينهما وضع المسئلة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل واحد بماله هذا يكون مشتركا بينهما
وعند هذا التصريح الشركة في المشتري من قضية الوكالة والشركة وان بطلت فالوكالة المصرحة باقية •
فيكون بينهما نصفين • قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته قوله ولا تجوز الشركة وان لم
يخلطا المال وبه قال احمد ومالك الا ان مالكا شرط ان تكون يدهما عليه بان يجعلا في حانوت لهما او في
يد وكيل لهما • قوله وانه اي الشركة اي في الاصل على تاويل الاشتراك بالخلط لان الشركة عبارة عن
الاختلاط وذا انما يتحقق في المال والمعتبر في كل عقد ما هو قضيته اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة •
والصرف لان المحل اي محل الشركة والخلط هو المال ولهذا يضاف اي العقد اليه اي الى المال يقال عقد شركة
المال ويشترط تعيين راس المال وما اعتبر التعيين الا ليكون الشركة في الثمرة مستندا الى المال كذا في
الايضاح بخلاف المضاربة حيث صح بدون الخلط • قوله اما ههنا فخلافه اي عقد شركة العنان بخلاف
عقد المضاربة حيث صح بدون الخلط • قوله اما ههنا فخلافه اي عقد شركة العنان بخلاف عقد المضاربة
اي لا يصح ان يجعل بعض الربح جعالة كما في المضاربة لان الجواز ثمة لدفع ضرورة ان رب المال لا يهتدي الى
العمل والعامل يهتدي اليه وههنا رب المال يعمل لنفسه والعامل واجد للمال فزالت الضرورة قوله
وهذا اي كون الربح فرع المال حتى يعتبر اتحاد الجنس حتى لو كان راس المال لاحدهما دراهم وللاخر دنانير
لا ينعقد الشركة عندهما • قوله مستندا الى العقد لان موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما
موكلا للاخر في نصيبه فيتصرف كل واحد منهما في مال الشركة في بعضه بطريق الاصالة • وفي بعضه
بطريق الوكالة • ويتصرف كل واحد يحصل الربح المشترك بهذه الطريقة وهذه الوكالة انما ثبتت في ضمن
عقد الشركة فلذلك يضاف الربح الحاصل الى العقد لان الحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة
وهذا كذلك لان الربح حصل بتصرفهما على وجه الوكالة في نصيب الاخر فكان الربح موجب عقد الشركة فلذا
اضيف الشركة في الربح الى العقد لا المال لان المال محل العقد والمحال شروط فكان الربح مضافا الى الركن
وهو العقد لا الى الشرط لانه تبع • فان قيل فعلى هذا التقرير ينبغي ان لا يبطل الشركة بهلاك •
المال قبل الشراء الا ان المال موجود قبل العقد قبل اتصال المقصود بالعقد بهلاك المحل كالمبيع •
اذا هلك قبل قبض المبيع في يد البائع الا ان المقصود من البيع ثبوت الملك للمشتري وقد بطل بهلاك
المبيع فكذا ههنا فان المقصود من عقد الشركة الاستنماء والاسترباح براس المال فاذا هلك راس المال فقد فات

المقصود بطل العقد والجامع بينهما عدم افادة الركن فائدته • قوله في المستفاد به اي بالتصرف بدونه
اي بدون الخلط كالمضاربة فان الشركة في الربح فيه تحصل قبل الخلط ولما كان الاصل هو العقد لا •
المال لم يشترط اتحاد الجنس • ولا التساوي في راس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل اذ المال ليس
باصل بل العقد اصل • قوله دراهم مسماة اي معينة قال ابن المنذر لا خلاف فيه لاحد • قوله
ونظيره اي نظير اشتراط دراهم مسماة في المزارعة فانه لو سمي لاحدهما قفزان مسماة لا تجوز المزارعة
لان الارض ربما لا تخرج الا هذا القدر قوله والتحصيل بالرفع لانه مبتدا • وقوله دونه خبره والضمير
في دونه للاستيجار اي الابضاع ادنى من الاستيجار • واقل حالا منه لعدم المؤنة في الابضاع اي وتحصيل
العمل الذي يحصل منه الربح بغير عوض وهو الابضاع ادنى حالا من استيجار الاجير على العمل فانه اعلا من
الابضاع لوجوب الاجر على المستاجر فلما ملك الاعلى كان اولى ان يملك الادنى اليه اشار في المبسوط •
قوله لانها اي المضاربة دون شركة العنان لان المضاربة • قوله لانه اي عقد المضاربة لانه لا يخلو
الشركة في الربح للمضارب فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة
فكذا لا يدفعه مضاربة • قوله لان الشركة غير مقصودة اي في المضاربة لانه اي عقد المضاربة
تحصل بدون ضمان في ذمته اي عقد المضاربة تحصل الربح بدون ضمان في ذمة رب المال فكان اولى
ان يجوز اليه اشار في المبسوط • وعند الشافعي لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه بغير اذنه
وفي قول الابضرح في العقد وفي الاظهر يجوز كقولنا قوله لان الشي لا يستتبع مثله اذ يلزم المحال منه
وهو ان يكون مثل الشي دونه • فان قيل يشكل بالمكاتب والعبد الماذون ان ياذن عبده ذكره في
شرح الطحاوي وباقتداء المفترض بالمفترض والمتنفل بالمتنفل مع ان كل واحد منهما مثل الاخر والامام
يستتبع قومه في حق جواز الصلوة وفسادها ولان الناسخ يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما
مثلان فاولى ان يستتبعه • قلنا اما المكاتب والماذون فانهما اطلقا في اكتساب المال باي وجه
كان من غير ضرر والضرر فيما اذا كان التابع فوق المتبوع الا ترى ان للمكاتب ان يبيع عبده وقد يكون كتابة عبده
انفع له من البيع لانه لا يزول ملكه في الكتابة الا بعد وصول البدل وفي البيع يزول قبله ولهذا ملكه
الاب والوصي فعلم انه ثبت ذلك لهما من اطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة • اما لو قلنا فيما نحن فيه •
بالاستتباع يلزم استتباع المثل مقصودا فلا يجوز كالوكيل لا يوكل غيره بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول
فلا ينتظمه مقصودا ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة فان لكل شريك ان يوكل آخر •
واما اقتداء المفترض بمثله فيجوز بالاجماع بقوله عليه السلام الامام ضامن ولان صلوة المقتدي مبنية
على صلوة الامام جوازا وفسادا بالحديث لا ان تكون صلوة الامام مستتبعة لصلوة المقتدي • واما
الناسخ فهو رافع صورة مبين معنى كما ذكر في الاصول فلم يكن رافعا في الحقيقة فلا يرد نقضا • فان وكل
من يتصرف فيه اي في مال الشركة الى آخره والفرق بين الوكالتين احدهما ما ثبت في ضمن الشركة والثانية
ما ثبت قصدا حيث يجوز ان يوكل غيره في الضمنية ولا يجوز في القصدية ان الوكالة الضمنية كالوكالة
العامة كما لو قال له اعمل برايك لان عقد الشركة لتحصيل الربح ولا يحصل الربح الا بالتجارة الحاضرة والغائبة
فيصير كل منهما كالاذن لصاحبه بذلك تحصيلا لمقصود الربح ولا يحصل الربح استحسانا والقياس ان لا يجوز
كما في الوكالة المقصودة لعدم استتباع الشي مثله اليه اشار في المبسوط • قوله لا على وجه البدل
احترز به عن المقبوض على سوم الشراء فانه مقبوض على وجه البدل وهو الثمن فيكون مضمونا • وقوله
والوثيقة احترازا عن الرهن قوله لا يفيد مقصودهما اي مقصود الشريكين وفي بعض النسخ مقصودها
اي مقصود الشركة اضاف المقصود الى الشركة لانه سببه • قوله المقصود منه اي من العقد تحصيل الربح

وهو تحصيل الربح ممكن بالوكالة يعني تحصيل الربح غير مختص بالمال بل يكون بعمل التوكيل وبدون المال وقد
يكون بالمال او بالتوكيل وقبول العمل يستحق الربح كما في المضاربة **قوله** خلافا لمالك فيهما اي في اتحاد
العمل والمكان حيث يقول لان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين تجوز وان اختلفت كقصار وصباغ
لا تجوز وبه قال بعض اصحاب احمد وبعض اصحابه كقولنا وكذا في ذكان يجوز في الدكاكين لا يجوز عندهما
لان كل واحد منهما عاجز عما يتقبله الاخر فلا يتحقق المقصود من الشركة عند اختلاف الاعمال • وفي
المبسوط • لزفر رواية في جواز شركة التقبل في رواية مع الشافعي • وقوله لان المعنى المجوز الى اخر
يتعلق بقوله لا يشترط فيه اي عند التقبل وهو ما ذكرناه وهو قوله ان المقصود منه تحصيل الربح وهو •
ممكن بالتوكيل والتوكيل بتقبل عمل صحيح ممن لا يحسن ذلك العمل لانه لا يتعين عليه اقامة العمل بنفسه بل له
ان يقيم العمل باعوانه واجرائه • **قوله** ولو شرطا العمل نصفين او في شركة التقبل والمال اي الربح اثلاثا
مع التساوي في العمل يجوز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر في المبسوط شركة المفاوضة
والعنان يجريان في شركة التقبل والوجوه عندنا • قوله فلم يجز العقد لتاديته اي لتادية هذا العقد •
اليه اي الى ربح ما لم يضمن يعني الربح في الشركة انما يستحق بالمال او بالعمل او بالضمان ولا يستحق بالضمان
بعد ذلك • الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض الربح لم يجز ويستحق بالعمل كما في المضاربة
وبالضمان فان الاستاد اذا تقبل والقى العمل على تلميذه باقل منه طاب له الفضل وانما يطيب بسبب الضمان
ذكره في الايضاح وفيما نحن فيه الزيادة على العمل ليست من هذه الاوجه الثلاثة فكانت ربح ما لم يضمن •
قوله وصار كشركة الوجوه وفي المبسوط هذا اذا كان المشترى بينهما في شركة الوجوه على السواء • اما
اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز المشترى التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه كما ذكرنا
ان العنان والمفاوضة يجريان فيه ايضا • **قوله** والربح عند اتحاد الجنس في الربح لا يظهر الا عند اتحاد
الجنس وعن هذا جعل راس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان اي ما ياخذ بدل عمله لا الربح فيتقوم العمل
بقدر ما شرط له • قوله لان جنس المال متفق اي في شركة الوجوه وهو الثمن الواجب في ذمتهما اذ هو الدراهم
اذ هو الدراهم والدنانير فكان الجنس متفقا فيظهر الربح فيكون ذلك ربح ما لم يضمن وذلك لا يكون في
المضاربة ولكن كان جوازه في المضاربة بوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وفي جانب رب
المال بمقابلة المال وليس واحد منهما وهو الظاهر • ويجوز ان يراد بالدافع كل واحد منهما في شركة الوجوه
ولا الضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم اليه اي الى صاحب الثوب يعني لو اخذ الثوب احدهما ثم دفع الثوب
يعني لو اخذ الثوب احدهما ثم دفع الثوب الى صاحبه غير الذي اخذه برا الاخذ من الضمان **قوله** وهذا ظاهر
في المفاوضة اي في شركة التقبل متفاوضين في المبسوط • وان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الاخر مطالب
بالعمل اما لو كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر في النوادر قياسا واستحسانا في هذا الفصل ففي القياس
لا يلزم لان مطلق الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة الا ترى انه اقر احدهما بدين لانسان لا يطالب
به الاخر فكذا اذا تقبل العمل مقام الاخر فيكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل احدهما كان •
للاخر ان يطالب استحسانا لانه هو المقصود بعقدهما **قوله** تجري مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضا
البدل وهو الاجر وانما قيد بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا
اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان او عمل من اعمال العملة او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت •
لم يصدق على صاحبه الا ببينة لان التنصيص على المفاوضة حتى قالوا اذا اقر احدهما لم يوجد ونفاذ
الاقرار موجب المفاوضة كذا في الايضاح • **قوله** سميت اي هذه الشركة بالوجوه لانهما يشتريان •
بجاههما والجاه والوجه واحد • يقال فلان وجيه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى وكان عند الله وجيها • قوله

وانها اي شركة الوجوه تصح مفاوضة فالمفاوضة ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى
بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة • واما العنان منها ان لا يكون واحد مما ذكرنا ذكره في شرح
الطحاوي • **قوله** في الابدال وهو الثمن والمثمن لان مطلقه اي مطلق عقد الشركة الوجوه ينصرف اليه
اي في العنان لان المعتاد فيما بين الناس العنان والمطلق ينصرف الى المعتاد كما لو اشترى بدراهم مطلقة
قوله وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا وبه قال احمد • وقال الشافعي ومالك لا تجوز لان عنده
لا بد من راس المال لصحته فيتحقق معنى التثمير • **وقلنا** صحة العقد باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد
منهما صاحبه بالشراء على ان يكون المشترى بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تتضمن هذه
الوكالة • قوله على التقليد بالنصف وذكر النصف اتفاقي لانه يجوز باقل منه وقد ذكرناه • **قوله**
بالضمان اي يطالب الاستاد بتحصيل ذلك العمل فكان العمل مضمونا على الاستاد • قوله في معنى اي في
معنى المضاربة لان في الوجوه كل واحد مضمون عليه العمل • واما المال فليس بمضمون على رب المال
لانه اي العنان في معناها اي معنى المضاربة من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في
مال رب المال فيلحق اي العنان بها اي بالمضاربة في جواز اشتراط زيادة الربح • **فان قيل** جاز ان
يكون فضل الربح ههنا بفضل العمل كما في العنان • **قلنا** انما جاز اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل
اذا كان العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا • **فصل** في الشركة
الفاسدة اخر الفاسد لانحطاط رتبته شرعا • **قوله** في كل شيء مباح كالحشيش والثمار في الجبال والبراري
من الجوز والفستق وغيرهما وكذا الشركة بنقل الطين وبيعه من ارض لا يملكانه او الجص والملح والكحل •
او ما اشبه ذلك لا تجوز الشركة عندنا وبه قال الشافعي • وعند مالك واحمد تجوز لان هذه شركة
الابدان فيجوز كما في الصباغين ويؤيده ما روى ابو داود باسناده عن ابن مسعود انه قال اشتركت انا
وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فما شرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم •
قوله لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه وولايته عليه قبل قبضه • والوكيل يملكه
اي المباح بدون امره فلا يصلح الوكيل نائبا عنه اي عن الموكل اذ التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل •
وهذا لم يوجد ههنا • فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة كذا في الايضاح • **فان قيل** يشكل هذا
بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم ان لا يشترط
لصحة التوكيل ان يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل • **قلنا** لا يشكل لما ان التوكيل بالشراء يخالف
التوكيل بالاحتطاب من وجهين احدهما ان الوكيل بشراء عبد معين لا يملك ان يشتريه لنفسه بعد التوكيل •
والتوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في عدم الصحة لعدم التوكيل في امر مباح لهما
والثاني ان التوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله فلم يكن الوكيل قادرا اما على الزام الثمن في ذمة
الموكل ولا يلزم قبله فلم يكن الوكيل قادرا على الزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا ان
التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل • والاوجه في التعليل ما ذكره شمس الائمة في مبسوطه ان الاحتطاب
اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان كل واحد منهما كالمفاوض مع
صاحبه لنصف ما يكتسبه بنصف ما يكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا يكون صحيحة
وعلى هذين التعليلين لا يلزم السؤال • واما الجواب عن الحديث ان المغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى
فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها • وقال بعض اصحاب الشافعي غنائم بدر كانت للرسول عليه السلام
فله ان يدفعها الى من شاء فيحتمل ان يكون فعل ذلك بازاء نصيبهم **قوله** فهو بينهما نصفان في المبسوط فان
عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل واحد لان كل واحد مالك لما اصابه والثمن •

في البيع انما ينقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعتبر بالكيل والموزون ان لم يكن وزنيا
يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان
المكتسب في ايديهما فالظاهر ان المكتسب بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله
ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر • **قوله** فللعين اجر المثل لانه
استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه اجر مثله الا انه لا يجاوز عن نصف ثمن ذلك لرضاه بنصف
المسمى وتقوم المنافع بالعقد والتسمية وفيما زاد على المسمى لم توجد التسمية • وعند محمد له اجر مثله
بالغا ما بلغ لان المسمى مجهول اذ لم يدر اي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبا شيئا ام لا والرضا
بالمجهول لغو فاذا سقط اعتبار رضاه وقد استوفى منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ
وقوله لا يجاوز على بناء المفعول ونصف الثمن بالرفع لانه قائم مقام الفاعل والرواية المزادة من
ثلثة جلود واصلها بعير السقا لانه يروي الما اي يحمله في موضعه اي في باب الاجارة الفاسدة •
قوله لم تصح الشركة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال احمد وعلى قياس قول احمد ومالك ينبغي
ان يجوز ذكره في المغني لابن قدامة • وقال بعض اصحاب الشافعي فيه قولان في قول يصح • والثاني
ان الكسب للسقا وقال بعض اصحابه ان الما مملوكا للسقا فالكسب له وعليه اجرة ما حمل عليه وان
كان مباحا فالكسب على الشركة • **قوله** فالربح فيها اي في الشركة الفاسدة على قدر المال ولا خلاف
فيه بعد ما خلط المالان • والريع الزيادة يقال هذا طعام كثير الريع ويقال اخرجت الارض ريعا
اي غلة لا نماء زيادة كذا في المغرب • **قوله** واذا مات احد الشريكين الى آخره ولا خلاف فيه على ما بينا
من قبل اي في باب احكام المرتدين • قوله لانه اي الموت عزل حكمي لتحول ملكه الى وارثه فلا يتوقف ثبوت
حكمه على العلم لثبوته ضمنا • الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم به لانه اي فسخ احد الشريكين
عزل قصدي فيعتمد العلم لانه نوع حجر فيشترط علمه بثبوت الحجر دفعا للضرر عنه • **فان قيل** قد ذكر قبل
هذا ان الشركة تتضمن الوكالة فلما ثبتت الوكالة في ضمن الشركة كانت الوكالة تبعا فلا يلزم من بطلان
التبع بطلان الاصل فكيف لزم ههنا بطلان الاصل وهو الشركة ببطلان التبع وهو الوكالة • **قيل**
فيه جوابان احدهما ان لدوام عقد الشركة حكم الابتدا لكونه غير لازم على ما مر فيشترط في ابتدا العقد
اذا كان احدهما غير اهل لا يجوز التوكيل منه بان كان مجنونا او صبيا لا يعقل لا يجوز الشركة فكذا بقا
اذ صلاحية التوكيل شرط صحة الشركة ليفيد العقد فائدته • والثاني ان الوكالة ثابتة فيها ضرورة
واقتضا فيبطل المقتضي ببطلان المقتضى لان المقتضى شرط صحة المقتضي • **فصل** لما كانت احكام
هذا الفصل ابعد عن مسائل الشركة من قبل انها ليست من مسائل التجارة اخرها • قوله وعندهما لم يضمن اذا لم
يعلم وان علم ضمن هكذا ذكر في كتاب الزكوة • وفي الزيادات للعتابي لا يضمن وان علم عندهما وهو الصحيح عندهما
وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الامر بنفسه ثم كفر المامور • وعلى هذا المامور باداء
الزكاة وان ادياه معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اي عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في
المبسوط وزيادات العتابي • لهما انه مامور بالتمليك الى آخره هذا التعليل يدل على انه اذا ادى مع العلم
لم يضمن لانه دفع الى الفقير على وجه القربة واداء الموكل بنفسه لا ينفي هذا المعنى فلا يوجب عزل الوكيل في
الادا ممتثلا امره فلا ضمان عليه سوا علم بضمانه او لا • وجه رواية الزكوة ان اداء الموكل بنفسه عزل الوكيل
فلا يثبت حكمه قبل علمه • **قوله** لانه عزل حكمي **فان قيل** يشكل عليه الوكيل بقضا الدين فانه اذا ادى
بعد اداء الموكل بنفسه ان علم بادائه ضمن والا لا مع ان العزل هناك حكمي • **قلنا** الوكيل بقضا الدين
مامور بان يجعل ما ادى مضمونا على القابض على ما هو الاصل اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وذلك

يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا لعزله حكما يوضحه ان ههنا لم يوجب الضمان على الوكيل •
لجهله بادا الموكل لم يتضرر الموكل فيه لانه يتمكن من استرداد المقبوض وتضمينه ان كان هالكا والضرر مدفوع
كذا في المبسوط • وذكر القاضي الغني فيما لو اديا معا حيث يضمن الوكيل عند ابي حنيفة فوجهه ان اداء الموكل
فتصرفه على نفسه اقرب من تصرف الوكيل عليه فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع اذا باع وباع الموكل ايضا
وخرج الكلامان معا ينفذ بيع الموكل • **قوله** وقالا يرجع الشريك الآذن عليه اي على المامور كما في شراء الطعام
والكسوة اي لاهله وقضى الثمن من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن بالاتفاق وهذا لان الملك واقع له
خاصة من ضرورة حل الوطي اذ لو وقع مشتركا لحرم الوطي لاختصاصه بالملك يبتنى على الاختصاص بسببه
وهو الشرا فيكون الثمن عليه كما في الطعام • **قوله** فاشبه حالة عدم الاذن يعني اذا اشترى جارية
بغير الاذن في الوطي يقع على الشركة فكذا ههنا لان مقتضى المفاوضة ان يقع كل شرا وبيع على الشركة تحقيقا
للمساواة وفيما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها غير ان الاذن ههنا استثنا معنى يعني لما وقعت الجارية
المشتركة فكيف يحل وطئها المشتري بها فقال الاذن بشرائها لنفسه يتضمن هبة نصيبه تضمينه بغير عوض
والهبة في الشائع فيما لا يقسم جائزة فكان حل وطئها بالهبة كما لو وهب نصيبه بعد الشرا الا ان حل •
وطئها اذ الاذن بالوطي لا يصح الا بالهبة وكانت هبة نصيبه ثابتة ضرورة صحة الاذن اقتضاء اليه
اشار في الاسرار • **فان قيل** ذكر في الاصول لو قال لغيره اعتق عبدك عني بغير شي فاعتقه يقع العتق
عن المامور لا الامر عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقالوا في وجه قولهما ان القبض في الهبة لا يحتمل •
السقوط بحال والقبول في البيع يحتمله كما في التعاطي واذا كان كذلك لا تثبت الهبة ههنا بدون القبض •
والقبض فعل حسي ليس من جنس القول فلا يثبت في ضمنه فلا يثبت اقتضاء وههنا كيف يثبت اقتضاء •
قلنا ذكر في الايضاح القياس ان كل ما يتصور وقوعه على الشركة يقع مشتركا لما بينا من تحقيق
المساواة الا فيما تمس الضرورة اليه مما لا بد منه كالطعام والكسوة والجارية ليست من ذلك فوقعت
على الشركة ووقوعها على الشركة لا يستدعي اذنا جديدا فلم يبق لهذا الاذن تاثير في التمليك كانه
قال اشترها بيننا وقد وهبت لك نصيبي فاذا اشترى وقبض صحت الهبة فلا يرجع بشي من الثمن لانه
نقد المال المشترك فيما هو واقع على الشركة وبهذا التقرير علم ان الهبة ههنا انما كانت بعد ثبوت
الملك لهما وبعد القبض وهبة المشاع جائزة فيما لا يقسم • وفي الفوائد الظهيرية بقي ههنا اشكال
هائل وهو ان الملك يثبت في نصيب شريكه حكما للاذن بالوطي فان اصل المسئلة هو ان ياذن احدهما
لصاحبه ان يشتري جارية فيطاها ففعل فهي له ولا يثبت الملك في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان
الرجل اذا قال لغيره احللت لك وطي هذه الجارية فالجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للاحلال
وعلى قياس هذا وجب ان يثبت ثم قال لا وجه لنا اي في التفصي عن الاشكال سوى ان نصيب الشريك •
من الجارية المشتركة اقبل للتملك من جارية لم يكن للمخاطب في شقص منها لا يملكها بالاستيلاد اذ لم يكن له
حق التملك ومن له حق التملك كالاب والجد فالرواية غير محفوظة فانه لا يثبت الملك له حكما للهبة بالاحلال
ثم قال ويتخالج في ههنا فرق آخر وهو قولك احللته وطئها لا يمكن اثبات موجبه على تقدير ثبوت الملك وقوله
فيما نحن فيه فيطاها فيمكن حمله على الاستقبال لان اللفظ يحتمله ويمكن ان يجعل الفا للعطف ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير المرتب قبيل كتاب الوكالة الله الموفق •

كتاب الوقف

قيل في مناسبة الوقف الشركة ان المقصود من كل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل
الملك ومن الوقف ايضا الانتفاع بالريع الزائد من العقار ثم الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا
ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ووقف ارضه على ولده لانه حبس الملك عليه • **وقيل** للموقوف

وقف تسمية للمصدر وجمع على اوقاف كوقت واوقات وقالوا الايقاف فيه اوقفه الا لغة ردية قليلة
كذا في الصحاح والمغرب وقال شمس الائمة الوقف شريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير قوله
وهو الملفوظ في الاصل اي المذكور في المبسوط • فاما ابو حنيفة لا يجيز ذلك قال قاضي خان وبظاهر هذا
اللفظ اخذ بعض الناس فقال عند ابي حنيفة لا يجوز الوقف وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالاحاديث
المشهورة واجماع الصحابة الا عند ابي يوسف ومحمد وعامة الفقها اذا صح الوقف يزول ملك المالك
الواقف لا الى مالك فيلزم فلا يملك وهو الاصح عند الشافعي واحمد • وقال الشافعي في قول واحمد في رواية
ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لامتناع السائبة • وعند ابي حنيفة يجوز الوقف جواز
الاعارة فيرجع فيه ويباع الا ان يحكم به حاكم او يوصي فحينئذ يلزم فلا يملك بيعه ولا هبته ولا ابطاله وعند
مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يرهن ولا يوهب • وقال
ابو العباس من اصحاب الشافعي هذا قول الشافعي واحمد لانه عليه السلام حبس الاصل وسبل الثمرة • **قوله**
واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يتناول ما قاله ابو حنيفة بان الوقف حبس العين على ملك الواقف
وما قالا به وهو انه حبس العين على حكم ملك الله تعالى والترجيح بالدليل فابتدا ببيان دليلهما بقوله لهما
روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر كانت له بخيبر سهام عمر حين قسم رسول الله خيبر يدعى ثمغ وكانت نخلا
نفيسا فقال يا رسول الله عندي نفيس فاتصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ولكن لتنفق من ثمرته فتصدق بها عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضعفة والمساكين
وابن السبيل ولذي القربى منه فقد نص عليه السلام على انه لازم • وفي المغرب ثمغ بفتح الثا وسكون الميم وبالعين
المنقوطة ارض لعمر رضي الله عنه لقبها • وفي نسخة العلامة حافظ الدين بغير تنوين للعلمية والتانيث وكذا
وقف النبي صلى الله عليه وسلم حوائط • وفي فتاوى قاضي خان والناس لم ياخذوا بقول ابي حنيفة للاثار
المشهورة عن النبي عليه السلام والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات اولها وقف خليل
الرحمن صلوات الله عليه وسلامه فهي باقية الى اليوم وكذا اوقاف الصحابة بمكة والمدينة • **قوله** وهو
المسجد فان اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج الملك من البقعة عن مالكه ولا يدخل في ملك احد
وفي المبسوط ثم للناس حاجة الى ما يرجع الى مصالح معاشهم ومعادهم فاذا كان هذا النوع من الاخراج
والحبس لمصلحة المعاد فكذلك جاز لمصلحة معاشهم كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر ويستدلون
ايضا بالعتق فانه ازالة الملك لا الى مالك وصح ذلك على قصد التقرب فكذا الوقف • ولابي حنيفة قوله عليه
السلام لا حبس عن فرائض الله اي لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته • وفي المبسوط قال
وابن مسعود وابن عباس لا حبس عن فرائض الله ولكن يحملون هذا الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه
من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك كله لكنا نقول النكرة في موضع النفي
يعم فيتناول كل طريق فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل • وفي مبسوط شيخ الاسلام الاستدلال
بهذا الحديث غير مستقيم لانه انما يستقيم ان لو تعلق به حق الوارث • فاما اذا كان الوقف قبل التعلق فليس
حبس عن فرائض الله كالتصدق بالمنقولات • وفي المغني لابن قدامة احتج بعض اهل الكوفة بما روي ان عبد الله
بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله الى النبي صلى الله عليه وسلم فجا ابواه الى النبي عليه السلام
فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش الا هذا الحائط فرده عليه السلام ثم ماتا فورثهما وجوابه انه جعله صدقة
غير موقوفة فراى والديه احق الناس اليه ولهذا لم يرد عليه بل دفعها اليهما ويحتمل ان يكون لهما وهو تصرف
بحكم النيابة • **قوله** لنا ان محمد بيع الحبيس وفي مبسوط شيخ الاسلام الحبيس ما كانوا يفعلونه في الابتداء
قبل نزول سورة النساء كانوا يحبسون العين ويتصدقون بالغلة بدون بيع الاصل فجا محمد عليه السلام ونسخ

هذا وجوز بيعه وهذا بيان ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك ولان
الملك باق فيه اي في الوقف بدليل الى آخره • وفي المبسوط انه خلق مملوكا في الاصل وقد تقرر ذلك بالاحراز
فلا يتصور اخراجه عن كونه مملوكا الا بجعله لله تعالى خالصا وبالوقف لا يتحقق ذلك بدليل تصرفات
الواقف فيه بخلاف العتق فان الادمي خلق مالكا في الاصل وصفة المملوكية عارضة فيه فاذا رفعت
بالاعتاق عاد كما كان وبخلاف المسجد حيث يخرج عن ملكه ويصير خالصا لله تعالى ولهذا لا ينتفع به شي
من منافع الملك وان كان يصلح لها وله اصل في الشرع وهو الكعبة فانها محررة عن ملك العباد فالحقت
سائر المساجد بها والوقف ليس بازالة الى الله تعالى فانه منتفع به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات
وما للعباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لان ما لله تعالى يجب ان يكون بوصف الخلوص واذا ثبت ان القول
بالازالة غير ممكن وجب ان يبقى على ملكه ضرورة ولهذا يبقى ولايته وتدبيره بعده في نصب القيم وتوزيع
الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لما صح شرطه في الغلة كما لو اعتق عبده بشرط ان يصرف
غلته الى كذا وجعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان ومرادهما محمول على الوقف المضاف
الى ما بعد الموت • **قوله** كالسائبة وهي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفر او برئت
من مرضي فناقتي سائبة وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع يعني ان الوقف كتسييب اهل الجاهلية من حيث انه
لا يخرج من ملكه كما ان سيب دابته لم يخرج من ملكه فكذا اذا وقف ارضه او داره كذا ذكر في النهاية
وهو بعيد وفي الكافي لا يزول ملك المالك في الوقف لانه لو زال فاما ان يزول الى ملك احد وهو ممتنع
او لا الى ملك احد والاموال لا تقبله لانه يكون قولا بالتسييب وهو حرام • وفي المبسوط استبعد
قول ابي حنيفة في الكتاب ولهذا سماه تحكما على الناس من غير صحة فقال ما اخذ الناس بقول اصحابه
الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير اثر ولا قياس لم يقلدوا هذه
الاشياء ولم يحمد محمد على ما قال • **وقيل** ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف واستكثر
اصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال ولو كان ابو حنيفة في الاحياء حين قال ما
قال لم يرد عليه كما قال مالك رايته رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجد
بالخلاف يسر • وقوله كل مجد بالخلاف يسر مثل يضرب لمن يفرح بما له من مجد عند عدم التعارض وفي
التتمة والفتوى على قولهما • **وقيل** كان ابو يوسف يقول بقول ابي حنيفة الى ان سمع حديث عمر فرجع وقال
لو بلغ هذا ابو حنيفة لرجع • **قوله** الا ان يحكم به حاكم وصورة حكمه ما ذكر في فتاوى قاضي خان
ان يسلم الواقف وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع فينازعه بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضي
فيقضي القاضي بلزومه **قوله** او يعلقه اي الوقف بموته بان يقول اذا مت فقد وقفت داري على
كذا لا يكون لازما الا باقرار • ولو قال ان مت من مرضي هذا فقد اوقفت ارضي ثم برا منه فاراد ان يرجع
له ان يبيعها وكذا لو مات من مرضه هذا لا يصير وقفا لانه علقه بالخطر ولو قال اذا مت فاجعلوا ارضي
وقفا يجوز • ولو قال ان دخلت الدار فقد جعلت ارضي وقفا لا يجوز او قال فاجعلوه وقفا ان
دخلت الدار لا يجوز ذكره في النوازل • **قوله** وهذا اي زوال ملك الواقف • قوله المولى اي الذي
ولاه الخليفة عمل القضا • فاما المحكم اي الذي جعل حاكما باتفاق الحاكمين المتخاصمين ففيه اختلاف
المشايخ • وفي الكافي وانما يزول ملك الواقف بالقضا عنده لوقوع قضائه في فصل مجتهد فيه وفي
حكم الحكم الصحيح انه لا يرتفع الخلاف • **قوله** قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت حتى لا يلزم
لان تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله **قوله** لا يلزم

عند ابي حنيفة لان ما باشره في مرضه كالمباشرة في صحته حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما
يلزم كالمباشرة في الصحة الا انه يعتبر من ثلث المال لتعلق حق الورثة • وفي النوازل لو قال في مرضه جعلت
نزل كرمي وقفا وكان فيه ثمر لم يكن تصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلة كرمي وقفا • قوله يزول بالقول
عند ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد واكثر اهل العلم وفي المنية والفتوى على قول ابي يوسف
وفي محيط السرخسي ومشايخنا اخذوا بقول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف • ومشايخ بخارى اخذوا
بقول محمد وقد يكون تبعا للغير اي ضمنا كما في الزكوة يكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للفقير •
قوله اذا استحق اي ثبت على اختلافهم فعند ابي حنيفة بالحكم وعند ابي يوسف واكثر اهل العلم •
بمجرد القول وعند محمد بالتسليم الى المتولي خارج عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه وبه قال
الشافعي في الاصح واحمد في المشهور • وقال الشافعي في قول واحمد في رواية يصير ملكا للموقوف عليه ان كان
اهلا للملك ولكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب لانه صدقة عليه فصار كالصدقة المنفذة • وقلنا
لو ملك الموقوف عليه لنفذ بيعه وتصرفه كما في سائر املاكه لما انتقل عنه بشرائط المالك الاول هو •
الواقف تقسيمه لو ملكه الموقوف عليه يجب ان لا ينتقل عنه الى الفقراء بشرط المالك الاول بقوله تعدهما
الموقوف للفقراء فان شرطه هكذا يصح بالاتفاق على ما يجيء قوله يجب ان يكون على قولهما مطلقا لا
يستقيم اجيب عنه انه قال واذا صح الوقف والصحة غير اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من •
العارية والوكالة والمضاربة فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما الا اذا
حكم به فحينئذ خروجه قول الكل • قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف وبه قال الشافعي ومالك
واحمد لان القسمة من تمام القبض لان القبض للحيازة وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة والقبض عنده اي عند
ابي يوسف ليس بشرط فكذا تتمته وهو القسمة وهذا لان الوقف اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنع
الاعتاق فلا يمنع الوقف ايضا ويؤيده حديث عمر انه اصاب مائة سهم من خيبر واستاذن النبي عليه
السلام فيها فامره عليه السلام بوقفها لان اصل القبض شرط عند محمد فيما يحتمل القسمة فكذا ما تم به
فاما ما لا يحتمل القسمة اي فيما تفوت منفعته بالقسمة اصلا كالعبد او يفوت لانه اي محمد يعتبره اي الوقف
اي الخاصة المسلمة الى الفقير والصدقة الموقوفة هي التي تجز فيها والمنفذة لا تتم في مشاع يحتمل القسمة
فكذا الموقوفة • وفي الذخيرة مشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف في وقف المشاع • ومشايخ بخارى
بقول محمد وهذا الخلاف مبني على ان الوقف اسقاط الملك عند ابي يوسف كالاعتاق فالشيوع لا يمنعه
وعند محمد كالهبة والصدقة لانه ازالة ملك الى الله تعالى على الخلوص عند ابي يوسف وتمليك من الله
تعالى كالزكوة والصدقة عند محمد • والفرق لابي يوسف بين الصدقة المنفذة والوقف ان الوقف •
لما تم بابطال الملك دون التمليك اشبه العتاق والطلاق وابراء الوالدين • والمنفذة تمليك فلا بد فيها
من القبض والوقف لا يحتاج لعدم التمليك فيه • قوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قول ابي يوسف
يعني لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة ايضا بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف
من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة قوله استحق جزء منه اي جزء شائع كالربع والنصف • اما لو
استحق جزء معين منه لا يبطل الوقف عند محمد ايضا لان هناك لا يتبين الشيوع المانع للوقف بطل في الباقي
اي الغير المستحق ورجع الباقي الى الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا لان الشيوع مقارن لا يتبين •
بالاستحقاق وبطلان الصدقة في المستحق لانه علم انه لم يكن يومئذ في ملكه ولا جاز ما لكه فلو جاز في غير
المستحق المملوك كان ذلك وقف المشاع وذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة عنده قوله لان الشيوع في ذلك اي في

في الرجوع في الهبة والوقف في المرض طارئ لان حق الوارث انما يثبت بعد الموت قوله وعلى هذا الهبة
والصدقة المملوكة اي المسلمة الى الفقراء فان كان المستحق جزءا شائعا بطل عنده واذا كان مميزا بقيت فيما بقي
قوله وقال ابو يوسف الى آخره في المبسوط في الحاصل ان ابا يوسف يوسع في امر الصدقة الموقوفة في
قوله الاخر غاية التوسع حتى جوزها غير مقبوض فكذلك غير مقسوم • وفي قوله الاخر ضيق غاية التضييق
كما هو قول ابي حنيفة وقال لا يلزم في الحياة وتوسط محمد في ذلك ولهذا افتى عامة المشايخ بقول محمد ثم
قال ومما توسع ابو يوسف انه لا يشترط التابيد ومحمد شرطه ثم قال بعدا وراق اذا وقف على امهات اولاده
جاز وان لم يصح من بقي منهم كان ميراثا على فرائض الله تعالى • وهذا الشرط وهو انه ان لم يبق منهم كان
ميراثا يجوز عند ابي يوسف لعدم اشتراط التابيد عنده فعلى هذه الرواية ما ذكر في الكتاب قيل
ان التابيد شرط بالاجماع الى اخره لا يصح ولكن ذكر في الذخيرة والتتمة ما يوافق المذكور في الكتاب
والخلاف على هذا الوجه مذكور في شرح الطحاوي • وذكر في المنتقى لا يجوز من الوقف الا المؤبد فاذا كان
لقوم خاص لا يجوز الوقف عليهم رواه بشر عن ابي يوسف فهذا نص ان التابيد شرط عنده • وقد روى الحسن
عن مالك عن ابي يوسف ان الوقف الموقت باطل فيحمل على الروايتين عند ابي يوسف وذكر في المغني لابن
قدامة لو وقف على جهة تنقطع يصح الوقف عندنا ومالك وابي يوسف والشافعي في قول وقال الشافعي
في قول لا يصح وبه قال محمد بن الحسن وفي الكافي قيل قول ابي حنيفة كقول محمد كما ذكر في الكتاب
• قوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك الى اخره • فان قيل كيف يستقيم هذا على قول ابي حنيفة
فان عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ولم يزل ملكه • قلنا جعل في المبسوط والذخيرة والتتمة
وغيرها زوال الملك بشرط التابيد قول محمد خاصة لا قول ابي حنيفة فعلى ما ذكر في الكتاب ان يكون عن ابي
حنيفة روايتان اراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالاتفاق • او فرع ابو حنيفة
على قول من يرى خروجه وهو قولهما كما في مسائل المزارعة • قوله وهو موفر على المقصود موفر على
التقطيع اذ التقرب تارة يكون بصرفه الى جهة لا يتوهم انقطاعها • ومرة يكون بصرفه الى جهة يتوهم انقطاعها
فيصح في الفصلين تحصيلا لمقصود الواقف • قوله ولهذا قال في الكتاب اي القدوري في بيان قوله اي قول
ابي يوسف وهذا اي كون التابيد شرطا وذكره غير شرط عند ابي يوسف هو الصحيح • وفي الذخيرة والاسرار لو قال
ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفا بالاجماع ولو لم يقل مؤبدة يصير وقفا في قول عامة من
يجيز الوقف اذ الصدقة تثبت مؤبدة لانها لا تحتمل الفسخ كالاعتاق • واذا انقطع الجهة تفرق وتصرف الى
المساكين وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول يصرف الى اقارب الواقف المحتاجين وبه قال
احمد في رواية وعن احمد يوضع في بيت المال • وفي الخبازية لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة
حال حياتي وبعد مماتي او يقول هي حبس مؤبدة او يقول صدقة محرمة مؤبدة حال حياتي وبعد مماتي
يصير لازما بالاتفاق • والخلاف في عدم اللزوم بين ابي حنيفة وصاحبيه فيما اذا حذف الاضافة الى
ما بعد الموت ولو حذف التابيد عن هذه الالفاظ يصير وقفا في قول عامة من يجيز الوقف وفي قول يوسف
بن خالد السمتي البصري لا يصير وقفا ولو حذف الصدقة والوقف عن هذه الالفاظ مثل ان يقول ارضي هذه
حبس او حرمتها لا يصير وقفا • ولو حذف الصدقة الا في رواية عن ابي يوسف لان ذكر الوقف مطلقا
ينصرف الى الفقراء • اما لو قال وقفت ارضي هذه ولم يزد على هذا روي عن ابي يوسف يصير وقفا بمنزلة
قوله موقوفة كذا في الفتاوى وفيه قولان هذه صدقة بالمنفعة او بالغلة ليس قول محمد بل قول ابي حنيفة
لان عنده حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالغلة والثمرة الا ان يراد ان يكون التصدق بالمنفعة
او الغلة في ضمن ازالة العين الى الله تعالى قوله وبناء على الارسال اي الاطلاق وفي قوله في الكتاب

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقا من غير ذكر خلاف قول ابي حنيفة واما عند ابي يوسف يجوز تبعا للعقار
وعند محمد يجوز مطلقا فيما هو متعارف ذكره في المبسوط وغيره وقال الشافعي واحمد ومالك يجوز وقف
كل ما ينتفع مع بقاء عينه • وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان اما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف
كالذهب والفضة والماكول والمشروب فغير جائز في قول سائر العلماء والفقهاء الا ما حكي عن مالك والاوزاعي
ان وقف الطعام يجوز ولم يحكه اصحاب مالك وليس بصحيح والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير •
وما ليس بحلي اما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لما ان حفصة بنت عمر زوج النبي صلى الله عليه وسلم
ابتاعت حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفها وانكر
الحديث كذا في المغني لابن قدامة • وفي الحلية اذا صححنا اجارة الدراهم والدنانير يجوز وقفها
وليس بشيء • قوله ومحمد معه اي مع ابي يوسف فيه اي جواز وقف المنقول تبعا لانه اي لان وقف المنقول
لما جاز افراد بعض المنقول اي البعض الذي فيه تعامل • وفي المبسوط والمحيط لو وقف ظهر دابة
على المساكين لا يجوز عندنا بالاتفاق واما عند ابي يوسف لانه لا يرى وقف المنقول الا تبعا • وعند محمد
تعتبر العرف ولا عرف في هذه الصورة وكذا لو اوصى بظهر دابته للمساكين فهو باطل اما لو اوصى
بظهرها لانسان معلوم يركبها في حاجته يجوز بالاتفاق ولانه وصية بالاعارة منه • الاكرة جمع اكار
وهو الزراع كما جمع اكثر في التقدير كالشرب في البيع فانه يجوز بيعه تبعا لا قصدا وهو كثير النظير
كالاضحية والاقامة من الجندي او العبد او المراة وكذا البناء فانه منقول يجوز وقفها كوقف الرباطات
والخانات والكراع اسم لجمع الخيل والكراع في البعير والبقر والغنم وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث •
والجمع اكرع ثم اكارع كذا في الصحاح والمراد هنا الاول • قوله حبس ادرعه روي ان عمر رضي الله عنه
شكى من خالد بن الوليد حين منع الزكوة فقال عليه السلام لا تظلموا خالدا فانه حبس ادرعه واكرعه
في سبيل الله • وفي رواية اكراعه والكراع الخيل وروي انه اجتمع في خلافة عمر رضي الله عنه ثلاث مائة
فرس مكتوب على افخاذها حبس في سبيل الله • قوله والابل تدخل في حكمه بالدلالة كما ذكر في الكتاب
مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في
سبيل الله واني اريد الحج افاركبه • فقال عليه السلام اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله • قوله
فاشبه اي ما ينتفع به مع بقاء اصله العقار والكراع مع ان البخاري روى انه عليه السلام قال في قصة
عمر رضي الله عنه ان خالدا احتبس ادرعه واعبده • قوله ولا معارض من حيث السمع يعني القياس يقتضي عدم
جواز وقف المنقول اذ شرط صحة الوقف التابيد ولا تابيد في المنقول الا ان السمع ورد في الكراع والسلاح
والتعامل ورد في الفاس والقدوم والمراجل وهو القدور والمصاحف والكتب على قول الفقهاء الامصار
اذ التعامل اقوى من القياس لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا ولانه بمنزلة الاجماع كالاستصناع
فيبقى الباقي على اصل القياس ولا يلحق دلالة لما ذكر في الكتاب • واما رواية البخاري واعبده اذ في رواية
واعتاده وهي آلة الحرب لا اعبده • وقال بعض مشايخنا على قياس التعامل ينبغي ان يجوز فيما جرى فيه
التعامل • وفي القنية قال صاحب المحيط وقف مائة وخمسين دينارا على مرضى الصوفية يصح ويدفع الذهب
الى انسان مضاربة ليستعملها ويصرف الربح • وفي المحيط وكذا وقف الدراهم والمكيل والموزون قال
تاج الدين لا يجوز صرف الادوية الموقوفة في المارستان الى الغني ولا يصح وقف الادوية فيه الا اذا ذكر الفقراء
ولو قال على الفقراء والاغنياء يجوز وتدخل الاغنياء تبعا • قوله واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه
بلا خلاف بين الفقهاء • الا ان يكون مشاعا فحينئذ يجوز قسمته واستثنى القسمة من البيع بطريق التجوز لاستلزام
اذ في القسمة معنى البيع من وجه • وفي الكافي ولا ينقسم اي اذا قضى قاض بجواز وقف المشاع نفذ قضاؤه وصار

متفقا

متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة قال ابو حنيفة لا يقسم ويتهايؤن وقال ابو يوسف
ومحمد يقسم وبه قالت الائمة الثلاثة واجمع اصحابنا ان الكل لو كان وقفا على الارباب فارادوا القسمة لا يقسم
كذا في المحيط • قوله سبلها بتا وهو ما ذكر ما قاله النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا يباع
ولا يوهب وما ذكر من الغني ان الحاجة ماسة الى الخ اذ البيع ينافي مقصود الوقف فلا يصح كالبيع بعد
التدبير • واما جواز القسمة اي عندهما اما عند ابي حنيفة لا يجوز لان القسمة بيع معنى لاشتمالها على الافراز
والمبادلة ومعنى المبادلة راجح في غير المثليات فهو الذي اي الواقف يقاسم شريكه لا القاضي • قوله ويكون
تقدير الدراهم شراء وما اشتراه بالدراهم له وليس بوقف كذا في فتاوى الظهيرية والكافي • وفي النهاية
ويصير الواقف مشتريا شيئا بمقابلة الدراهم وواقفا لذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز • قوله ان اعطى
الواقف على اعراس بلفظ اعطى على بناء الفاعل ونصب الواقف وبلفظ اعطى على بناء المفعول
ورفع الواقف ان اعطى ان اعطى المشتري الواقف لا يجوز فيصير الواقف تابعا للوقف • قوله لان الخراج
بالضمان لفظ الحديث ايضا وهو من جوامع الكلم • وفي معناه الغرم بالغنم جرى لفظ الحديث مجرى المثل
واستعمل في كل موضع بمقابلة منفعة والمراد بالخراج ما يخرج من الارض والنفع من ملك انسان وبالضمان
المؤنة • قوله لا يظفرهم اي لا يؤاخذ الفقراء بعمارته لانه ليس لهم شيء او ثم غير معدودين او قرابة واهلهم
اي اموال الفقراء الى المتولي فيجب فيها • وعن احمد يحتمل ان يكون في بيت المال • قوله والاول اصح وهو
ان لا يكون البناء الثاني زائدا على الاول • وفي الذخيرة وقف ارضه على المساكين ولم يذكر عمارته فعمارتها
في غلتها لان العمارة وان لم تكن مشروطة هنا نصا فهي مشروطة اقتضاء اذ مقصود الوقف وهو ادرار
الغلة مؤبدا على المساكين لا يحصل الا باصلاحها • والثابت اقتضاء ثابت ضرورة والضرورة تندفع بالبناء
الاول • قوله والاول اولى وهو اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها • والثاني تركها لما في العمارة رعاية
حق الواقف والمساكين وفي الترك فوات حق الواقف اصلا وتاخر حق صاحب السكنى فكان التاخير اولى من
الابطال ذكره في الزاد • قوله لانه اي الامتناع في حيز التردد فان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه
ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال ولم يجب اصلاح القاضي وعمارته ثم رده اليه لانه غير مالك في
الرقبة • وعن الشافعي واحمد في رواية له الاجارة لانه ولاية عليه في قول ولا يلزم المستاجر فانه غير
مالك للدار ومع انه يجوز له ان يواجرها من آخر للسكنى وكذا في كل عمل لا يختلف العين باختلاف المستعمل لان
هناك ملك المستاجر المنفعة بالاجارة وهنا يحث المنفعة للموقوف عليه ولان الدار قام مقام المنفعة
في الاجارة تصحيحا للعقد لان المنفعة معدومة فيكون العقد واردا على الدار فصارت كان المستاجر
مالكا لرقبتها • اما الوقف يصدق بالمنفعة بغير عوض فلا تجعل الدار مقام المنفعة • وفي المحيط لما ملك المنفعة
بغير عوض صار كالمستعير والموصى له بالسكنى لانه اجر ما كان مالكا زيادة على ما ملكه ولا يجوز له التمليك
اكثر مما ملكه • قوله والته تجوز بالجر عطفا على البناء ويجوز بالرفع عطفا على ما الموصولة في قوله ما
انهدم وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الاله والنقض بضم النون البناء المنقوض والجمع نقوض
وعن الغوري النقض بالكسر لا غير كذا في المغرب وفي الصحاح ذكره بالكسر لا غير • وعند الشافعي واحمد في
يملكه مستحقه يقسم بينهم قوله جائز عند ابي يوسف وبه قال احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزبيري
وابن سريج من اصحاب الشافعي ولا يجوز على قياس قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط عنده لصحته وهو قول
محمد وقول هلال الرازي والشافعي ومالك • وفي فتاوى قاضي خان ذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على
قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وفي الكافي الخلاف فيما اذا شرط بعض الغلة لنفسه في حياته وبعده
للفقراء سواء • وقيل الاختلاف بينهما بناء على اشتراط القبض فعند محمد شرط لان التسليم الى المتولي شرط الصحة

الوقف عنده اذ بالتسليم يخرج عن ملكه الى الله وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة لنفسه ينافي ذلك
وقيل هي مسئلة مبتداة قال الهندواني ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة الا شئ ذكره في كتاب الوقف
قال اذا وقف على امهات اولاده جاز لان الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه لانها تكون لام ولده حال حيوته
تكون له • **قوله** وهو الصحيح احتراز عن القول الاول وهو القول بالجواز بالاتفاق ولكن مخالف لرواية
المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فان جعل فيها جواز الوقف عليهن بالاتفاق قال
في المبسوط وهذا على قول ابي يوسف ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه جاز فلامهات
اولاده كاشتراطه لنفسه ولكنه جوز ذلك استحسانا ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن
بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لاجنبي فيجوز ذلك في حياته ايضا تبعا لما بعد الوفاة وكذا المدبرة •
لمدبرته • وهلال الرازي هكذا وقع في نسخ الفقه من المبسوط والذخيرة وغيرهما • وفي المغرب الرازي
تحريف بل هو هلال الراي بتشديد الرا البصري وهكذا صح في مسند ابي حنيفة وصححه القاضي الغني
وصاحب الانساب وفي الانساب هو هلال ابن يحيى بن مسلم الراي وانما قيل له الراي لانه كان يحل مذهب
الكوفيين وراءيهم فعرف بالراي • **قوله** كما في الصدقة المنفذة يعني لو سلم ماله للفقير على وجه الصدقة
بشرط ان يكون بعضه لي فان الصدقة بهذا الشرط لا تجوز • وقوله وشرطه بالجر عطفا على الصدقة المنفذة
وقوله ان ينزله على بنا الفاعل • وقوله او يدفن فيه على بنا المفعول **قوله** فهو جايز اي شرط الاستبدال
جايز عند ابي يوسف وهلال والخصاف استحسانا وفي القياس لا يجوز الوقف والشرط وبه قال الشافعي
واحمد لانه شرط منافي لمقتضى الوقف • وجه الاستحسان ان فيه تحويله الى ما يكون خيرا من الاول او مثله
فكان تقريرا لا ابطالا • وعند محمد واهل البصرة وفي وجه عن احمد الشرط باطل والوقف جايز لانه شرط
لا يوثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به ولا ينعدم به التابيد فكان شرطا فاسدا كما لو شرط في المسجد
ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا **قوله** وعند محمد الوقف باطل وبه
قال الشافعي واحمد وهلال وهذا اي هذا الخلاف بنا على ما ذكرنا وهو قوله ان جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه جاز عند ابي يوسف خلافا لمحمد وبهذا البنا صرح في المبسوط • قال الهندواني ينبغي ان يجوز الوقف
ويبطل الشرط عند محمد لانه شرط فاسد فلا يوثر في المنع من الزوال ولكن قال محمد بتمام الرضا يتم الوقف
وبتمام القبض ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف • وجه قول ابي يوسف
ان الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ ببعض الاسباب واشتراط الخيار للفسخ فكان كالبيع • وقال ابو يوسف
بن خالد السمتي الوقف جايز والشرط باطل لانه ازالة ملك لا الى مالك كالاعتاق واشتراط الخيار في العتق باطل
والعتق صحيح • وكذا لو شرط الخيار في المسجد فالخيار باطل واتخاذ المسجد صحيح ومحمد يقول لا يتم الرضا والقبض
في الوقف كما ذكرنا بخلاف المسجد فان القبض هناك غير شرط بل الشرط اقامة الصلوة فيه بالجماعة وقد وجد •
وكذا في الاعتاق فان القبض فيه غير شرط ويتحقق بعدم الرضا كما في المكره كذا في المبسوط • واما قيد الخيار
بثلاثة ايام ليكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف بالاتفاق ذكره في فتاوى قاضي خان
وفيه ثم لما لم يصح الوقف بالشرط لم ينقلب صحيحا بابطاله قبل الثلاث لان الوقف لا يجوز الا موبدا والخيار يمنع التابيد
فكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جواز البيع وانما يفسد البيع اذا شرط الخيار
لاكثر من ثلثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد • **قوله** فقد نص
فيه اي نص بالجواز على قول ابي يوسف وهو قول هلال والخصاف • وقال قوم اي بعض المشايخ وان لم
يشترط لم يكن اي الولاية له بل للقاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية • وفي الحلية لو
شرط الخيار لنفسه جاز ولو اطلق فيه وجهان بنا على القولين فيمن ينتقل الملك فيه • فان قلنا ينتقل الى
الله تعالى فالنظر للحاكم • **وان قلنا** ينتقل الى الموقوف عليه فالنظر له وحكى وجه ثالث ان النظر
فيه للواقف وعند مالك كل من شرط له الواقف الولاية فله الولاية فلو شرط لنفسه لا يجوز ولو لم
يشترط لا يتولاه هو بنفسه بل الحاكم • وفي الذخيرة وذكر هلال ارضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره
فالوقف جايز والولاية للواقف • **قوله** الاشبه ان يكون هذا قول محمد • **فان قيل** كيف تصح نسبة
هذا القول الى محمد ومن مذهبه ان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فعلى هذا لا يجوز ان يشترط الولاية
لنفسه على قوله لان هذا يمنع التسليم الى المتولي فكان ذلك على مذهبه يجب ان لا تكون الولاية له شرط او لم
يشرط • **قلنا** نعم كذلك الا ان تاويل هذا فيما اذا اسلمه الى المتولي وقد كان شرط الولاية لنفسه حين وقفه
كان له الولاية بعد التسليم الى المتولي فقد ذكر في فتاوى قاضي خان بعد ذكر مذهب هلال كما ذكرنا نقلا
وذكر محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية
لنفسه في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى الوقف وهذه المسئلة بنا على ان عند محمد التسليم الى
المتولي شرط • اما عند ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية
لنفسه ومثل الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة ويحتمل ان يكون معنى قوله ان شرط الولاية
لنفسه كانت له يعني في هذه الصورة لو يشترط محمد التسليم الى المتولي ايضا لان شرائط الوقف
تراعى من صورة رعاية شرطه سقوط اشتراط التسليم اذا شرط الولاية لنفسه كذا قيل **قوله** ونصب
المؤذن فيه قال ابو نصر العماري للباني اما نصب المؤذن والامام لاهل المحلة ولا يكون الباني احق منهم بذلك
وقال ابو بكر الاسكاف الباني احق بنصبهما من غيره كالعمارة قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان يريدا اماما
ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا ذلك كذا في النوازل • وفي فتاوى قاضي خان لو قال
ارضي موقوفة ان شئت واحببت كان الوقف باطلا في قولهم وكذا عند الائمة الثلاثة لان تعليق الوقف
بالشرط باطل • ولذا لو قال ارضي صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت وكان الوقف باطلا لما قلنا
انه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف **قوله** لانه شرط يخالف حكم الشرع
لان الشرع اطلق للقاضي اخراج ما كان منهما دفعا للضرر عن الفقراء • ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له
كما شرط بلا خلاف وان اراد الواقف اخراجه فله ذلك وان شرط ليس له اخراج القيم بطل شرطه لانه
يخالف حكم الشرع اذ القوامة وكالة وهي ليست بلازمة ولو جعل الولاية اليه في حياته وبعد وفاته
كان جائزا وهو وكيل في حياته ووصي بعد وفاته • **فصل** لما كانت احكام هذا الفصل مخالفة
لمسائل الوقف التي قبله في الشروط في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف
وخرجه عن ملك الواقف بلا حكم حاكم عند ابي حنيفة ذكرها بفصل على حدة • **قوله** ويأذن للناس
بالصلوة فيه ولا يشترط ذكر لفظ وقفت عندنا وبه قال احمد ومالك والشافعي واحمد في رواية
لا يصير وقفا الا باللفظ بان يقول وقفته او حبسته او غير ذلك لان هذا تحبيس على وجه القربة فلا
يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء • ولنا ان العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت
بالاذن وجرى ذلك مجرى من قدم طعاما الى الضيف كان اذنا في اكله ومن كان اذنا في التقاطه وكذا
دخول الحمام واستعمال مائه بغير اذنه دليلا على وجوب الاجر بخلاف الوقف على الفقراء فلم يجر به عادة حتى
كان شئ جرت به العادة وذلك الحال كان كمسئلتنا **قوله** وزال عند ابي حنيفة عن ملكه اي بلا اشتراط
قضاء او اضافة الى ما بعد الموت بخلاف ساير الاوقاف عنده والفرق له ان في الوقف اجتمع لفظان احدهما
الوقف والاخر الصدقة لان الوقف ينبئ عن الحبس كانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة
على المساكين ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص بذلك لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به

او اضافه الى ما بعد الموت يكون لازما بعد موته • واما قوله جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقا
على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كالوا زال بالاعتاق كذا في جامع قاضي خان ولانه لا بد
من التسليم اذ التسليم شرط عندهما خلافا لابي يوسف وبه قالت الايمة الثلاثه • **قوله** ويشترط تسليم
نوعه اي يشترط تسليم كل شي على ما يليق به وذا في المسجد بالصلوة فيه اولانه تعذر قبضه باعتبار انه
اسقاط ملكه بالاتفاق كما في سائر الاسقاطات من العتاق والطلاق ولان القبض انما يتحقق في الغلة
في الاوقاف التي هي لازمة اقيم تحقق المقصود مقام القبض وبقبض المتولي هل يصير مسجدا من غير ان يصلي
فيه احد اختلف المشايخ فيه كذا في الذخيره • وفي المحيط والاصح ان يصير مسجدا بقبضه • **قوله**
ادناه اي ادنى فعل الجنس وهو صلوة الواحد لتعذر فعل الكل فناب الواحد عن الكل فيما هو حقهم وفي
المبسوط المسجد موضع السجود وقد تحصل بصلوة الواحد بلا جماعة • **قوله** وعن محمد انه يشترط
الصلوة بالجماعة وهي رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان الظاهر انه انما بني لاقامة الصلوات
بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولهذا يشترط ان تكون الجماعة باذان واقامة عندهما
حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عندهما • فلو جعل للمسجد اماما ومؤذنا ومؤذنا
فاذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان ادا الصلاة على هذا الوجه كالجماعة • ولهذا
قالوا لو صلى مؤذن مسجد بعد الاذان والاقامة ليس لمن يجي بعده ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد ذكره في
الذخيره • يبني بذلك اي للصلوة بالجماعة في الغالب والاجمع وجه الارض موضع الصلوة في دينا
كذا في المبسوط • **قوله** لان التسليم عنده اي عند ابي يوسف ليس بشرط فلا يشترط الصلاة فيه وبه
قالت الايمة الثلاثة • قوله سرداب في المغرب السرداب بكسر السين تعريب سرداب وهو بيت يتخذ تحت
الارض لتبريد الماء • **قوله** فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد ما يكون
خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله اضافها اليه مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك ملكه
خلوص له ومع بقاء حق العبد اسفله واعلاه لا يتحقق الخلوص • اما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب
لصاحب العلو حقا في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل ان يحدث فيه بناء من غير رضا صاحب العلو • اما
اذا جعل العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف بيت المقدس لان تحته السرداب ليس مملوك
لاحد بل هو للعامة يكون لله تعالى ليس لغيره اختصاص به اما لو كان السرداب مملوكا لا يتحقق الخلوص •
فاذا لم يصر مسجدا كان له بيعه • وعن بعض المشايخ ان كان العلو مسجدا والسفل حوانيت موقوفة على المسجد
او على القلب لا باس لان الكل منقطع عن حقوق العباد • ولو كان تحته حوض العامة اختلف فيه على قول
من يجوز اتخاذ العلو مسجدا • **قيل** لا يجوز قياسا على الحوض الخاص • **وقيل** يجوز كما لو حفر بيرا مسجدا
للاستقاء والصحيح انه يجوز ذلك الا انه ان سبق اتخاذ المسجد فهو مسجد وان سبق اتخاذ الحوض فالمسجد مستعار
كذا في جامع التمرتاشي وقاضي خان • **قوله** وعلى ظهره اي سطحه روى الحسن عنه اي عن ابي حنيفة **قوله**
لما قلنا وهو الضرورة • وانما اعاد ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم ينقل عن ابي يوسف ومحمد مع ان هذين
القولين في الحكم عندهما سوا ليتبين له ما ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مقر مخصوص اذ لو عن هذا
اللفظ يلتبس الدخول في الاسناد ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول **قوله** وسقط بسكون السين
اذ المراد عن معيش وهكذا مقيد بقيد العلامة مولانا حافظ الدين رحمه الله • قوله فلم يخلص لله تعالى وقال
الامام قاضي خان حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم يصير مسجدا **قوله** واستغنى عنه على بنا المفعول
اي استغنى اهل المحلة عن الصلوة فيه يبقى مسجدا عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة وبه قال الشافعي
ومالك • وقال احمد يجاز نقضه وصرف آلته الى مسجد آخر • وفي الدار الموقوفة جاز بيعها وصرف

ثمنها

ثمنها الى وقف آخر عند احمد لان الوقف مؤبد فاذا لم يكن تابيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو
الانتفاع على الدوام في عين اخرى بالاستبدال وبدل الشي يقوم مقامه • واستدل في المسجد بما روي ان
عمر رضي الله عنه كتب الى سعد لما بلغه انه نقب بيت المال الذي بالكوفة ان انقل المسجد الذي بالتمارين
واجعل بيت المال في قبلة المسجد وكان هذا بمحضر من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا • وعند محمد
يعود الى ملك الواقف • **قيل** في الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ان الصلوة فيه هل هي شرط لصيرورته
مسجدا في الابتدا فعند محمد شرط في الابتدا وكذا في الانتهاء • وعند ابي يوسف ليس بشرط في الابتدا
فكذا في الانتهاء • حكي ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف • وابو يوسف مر باصطبل فقال
هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما جعله اصطبلا بمرور الزمان وصار كحشيش المسجد وكذا
قنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه السبع عاد الى ملك مالكه وكالمحصر
اذا بعث الهدي ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء • واستدل ابو يوسف •
بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حولها عبدة الاصنام ولم تخرج موضع الكعبة به من ان تكون موضع
الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد • واما هدي الاحصار فلم يزل ملكه •
قبل الذبح وكلامنا فيما اذا زال وكذلك الكفن ليس بازالة العبد عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت
فصار كالعارية حال حياته وقد وقع الاستغنا للمستعير فيعود الى المعير • واما الحصير والقنديل فالصحيح
من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد كذا في
المبسوط والذخيره والمحيط ولانه ما جعلها مسجدا ليصلي فيه اهل هذه المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة
فيكون للعامة حق الصلاة في المساجد • واما استدلال احمد بما كتب عمر رضي الله عنه لا يفيده لانه يمكن
ان امره باتخاذ بيت المال في المسجد وتوسعة المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستدلال مخالف للحديث
المشهور • **قوله** خلاف المسجد اي لا يشترط فيه حكم الحاكم والاضافة الى الموت لما ذكرنا **قوله** وعند
ابي يوسف يزول ملكه بالقول وبه قالت الايمة الثلاثه وقد مر • **قوله** في هذه الوجوه اي السقاية
والخان والرباط والمقبرة والخان والرباط والكسر من حد ضرب • والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج
والمرابط من يقوم في الثغر بازاء العدو ويقال رابط الجيش اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا
كذا في الصحاح والمغرب • **قوله** ولا رجوع فيها اي في الخان والرباط والمقبرة والدار والمستغل وبه
قالت الايمة • وقال ابو حنيفة لصاحبه ان يرجع في هذا كله ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة
والخان والسقاية الا ان يحكم به الحاكم • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال لا رجوع في المقبرة بعد
الدفن في موضع دفن فيه وفيما بقي يرجع • وفي الكفاية اذا رجع في المقبرة عند ابي حنيفة لم ينبشها
وينتفع ويزرع مكانها الان النبش حرام • وقيل الفتوى في ذلك على قولهما للبلوى والتعارف الا ترى
انه نفى اثار الماضين في هذه • **قوله** لغناه اي لغنا الغني فانه مستغن بماله نفسه عن صدقة غيره • اما
لا يستغني عن الخان للنزول وعن المقبرة للدفن وعن الماء للشرب منه اذ لا يقدر كل احد ان يشتري في
كل منزل موضعا وربما لا يجد ولا يستصحب الماء مع نفسه في كل مكان بخلاف المال فعمت الحاجة للغني
والفقير • **قوله** وفي فتاوى الظهيريه سئل الحلواني عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها
هل للمتولي ان يبيعها ويشتري مكانها اخرى قال نعم وبه قال احمد • وقال يجوز قبل ان يتعطل ولكن
ياخذ بثمنها ما هو خير منها • ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل او لم يتعطل وبه قال الشافعي
ومالك • وكذا لم يجوز الاستبدال بما هو خير منها وهكذا حكي فتوى شمس الايمة • وقال ابو يوسف
يجوز الاستبدال وروى هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي

ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره ولو سكن دار الوقف بغير امر باذن المتولي ويغير اذنه يجب عليه اجر
المثل سوا كانت معدة للاستغلال او لا وعليه الفتوى • وفي الاجناس حانوت هو وقف صحيح احترق
يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بني رجل على هذه الارض فالبنا للباني واصل الوقف لورثة الواقف
عند محمد • وفي فتاوى العصر للقيم ان يبيع ترابا من كرده مسيله اذا كان فيه مصلحة • وفي القنية
قال تاج الدين مبادلة دار الوقف بدار اخرى انما تجوز اذا كانتا في محلة واحدة او تكون محلة المملوكة
خيرا من محلة الموقوفة وعلى عكسه لا تجوز • وان كانت المملوكة اكثر مساحة وقيمة واجرة لاحتمال
خرابها في ادون المحلتين لدناءتها وقلة رغبات الناس اليها • ولو قال داري هذه موقوفة مسبلة
على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع كذا في المحيط لان الوقف بعد الموت وصية فيصح
الرجوع وكذا في المحيط من الوصية • ولو فضل في وقف المسجد لا يحتاج فيه الى العمارة يجوز للمتولي ان
يشتري به عقارا باذن القاضي ويصرف على المسجد وبه قال الشافعي في قول واحمد وقال بعض اصحاب
الشافعي يكون محفوظا للمسجد • ولو وقف على عمارة المسجد جاز ان يصرف الى قوامه ودهنه وقناديله
وحصيره وبواريه بلا خلاف لان الكل من العمارة والله اعلم

كتاب البيوع

البيوع • قد ذكر في الاصل ان المشروعات اربعة انواع حقوق الله تعالى وحقوق العباد وما اجتمع
فيه الحقان وحق الله تعالى غالب وما اجتمع فيه حقان وحق العباد غالب • اما حقوق الله تعالى فعبادات
وعقوبات • واما حقوق العباد فكثيرة فقدم المصنف حقوق الله تعالى بانواعها وشرع في حقوق العباد
والبيع منه وفي البدرية المشروعات اربعة انواع عبادات وعقوبات وكفارات ومعاملات ثم قدم
المصنف العبادات والعقوبات وما هو من جهة العبادات وشرع في المعاملات وقدم النكاح على
البيع وان كان من المعاملات لانه سبب وجود المكلف والبيع سبب بقائه والوجود مقدم على البقا
وقدم البيع على سائر المعاملات لانه اكثر وقوعا ولانه يحتاج فيه الغني والفقير والصغير والكبير والشريف
والحقير ثم المناسبة الخاصة بين الوقف والبيع موازنة في الوقف ازالة الموقوف عن ملك الواقف
بعد انقضائه او قبله • وفي البيع ازالة المبيع عن ملك البايع مع ادخاله في ملك المشتري فكان البيع
مركبا عن معنى الوقف وغيره والوقف كالمفرد والمركب بعد المفرد فلهذا ذكره بعده • ثم اعلم ان البيوع
جمع بيع مصدر بمعنى المبيع كضرب الامير • والمبيع اجناس مختلفة فجمع المصدر واجمع للمصدر لاختلاف انواعه
قال فخر الاسلام البيع لغة عبارة عن مبادلة مال بمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي فيكون
لا بد فيه من قيد اخر وهو على وجه التمليك • وفي الحقيقة لا يحتاج اليه لان جهة التمليك وفي الحقيقة
تفهم من المبادلة ثم لفظ البيع من الاضداد يقال باع الشي اذا اشترى واشترا وتعدى الى المفعول الثاني
وبحرف الجر يقال باعه الشي وباعه ولفظ الشرا والاشترا والابتياع لغة يقع على فعل المشتري والبايع على
سبيل الاشترا قال تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه الان في عرف الفقها اختص لفظ البيع بالبايع ولفظ
الشرا والاشترا والابتياع بالمشتري وانما جعل هكذا لان المشتبه بنا على الثلاثي وفعل المشتري مبني على
فعل البايع • ثم الدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع والدليل المعقول اما الكتاب فقوله تعالى
احل الله البيع • وقوله تعالى ولا تاكلوا الى قوله الا ان تكون تجارة عن تراض منكم • واما السنة فما روي
انه عليه السلام قال يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة • وقوله
عليه السلام المتبايعان بالخيار الحديث • وكذا بعث النبي عليه السلام والناس يتبايعون فقررهم على
ذلك والتقرير احد وجوه السنة • واما الاجماع فانعقد من لدن رسول الله الى يومنا هذا على جوازه
واما المعقول فلان البيع سبب لبقا المحتاجين باحسن وجوه المعاملة اذ كل احد من الرجال والنسا يحتاج

الى الاخذ

الاخذ والعطا ولا يتيسر الاعطا بلا عوض الا لمن هو الغني المطلق وهو الله تعالى مع ان في عقد المعاوضة
صيانة عن تحمل اعبا منة الغير اذ في الاعطا بلا عوض اذخال حر مثله تحت رق احسانه كما نقل الانسان
عبد الاحسان ومن اراد الاحسان فهو يتحقق في ضمن عقد المعاوضة كما حكي عن بعض العابد انه كان يتاجر
الفقرا فكان يشتري منهم ما يساوي درهما بعشرة وزيادة كيلا يرى الفقير نفسه تحت منته التي توجب الرق
فكان هو احسن وجوه الاحسان مع كونه معاوضة وسبب مشروعيته تعلق بقا المقدور بتعاطيه اذ
قيام مصالح المعيشة والبقا بالمال فشرع تعالى اكتساب المال وهو التجارة عن تراض لما في التغالب
من الفساد وركنه الايجاب والقبول وشرطه يذكر في اثنا المسائل وحكمه الملك وضعا وقصدا وان
الاثر الثابت به من وجوب الاستبرا وثبوت الشفعة وملك المتعة والعتق في القريب وغيرها كثير
لكن وضع للملك وقصد به الملك وله انواع بيع العين بالعين وبيع العين بالدين في بيع المساومة وبيع
المرابحة والتولية وبيع المعاوضة وهو ضد المرابحة • **قوله** قال اي قال صاحب القدوري ومحمد البيع
ينعقد المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الذي يثبت في المحل ويترتب عليه الاحكام واللفظان آلة انعقاد
ذلك المعنى ودخول الباء يدل عليه كذا في الفوائد الظهيرية والايجاب الاثبات لغة وهو المراد هنا
لا المصطلح يعني قوله بعت في حيز الجواز فالبايع اثبت ذلك وكذا القبول ايضا في حيز الجواز فينبغي
ان يقال له الايجاب ايضا الا ان المشتري فيما وجد البايع فسمي قبولا لاجل التمييز بين اثبات البايع
وقوله كذا في الكافي • وفي المستصفى البيع عبارة عن اثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول
حتى يكون العاقد قادرا على التصرف اليه اشار بقوله ينعقد بكذا حيث لم يقل البيع هذا اللفظان •
والانعقاد لغة مطاوعة العقد وهو ربط احدهما في الحل بالاخر • وشرعا انضمام كلام احد العاقدين
بالاخر ثم البيع لا ينعقد الا بصدوره ركنه من اهله في محله قابل الحكم كساير عقود الشرعية وهذا كما في الحسيات
فانه يحتاج في اتخاذ السرير الى النجار وهو مثل العاقد فيما نحن فيه والى الالة وهي مثل قوله بعت واشتريت
والى النجر وهو مثل اخراج هذا القول على سبيل الانشا والى المحل وهو المبيع وهذا معنى قول الحكما ان
العلة على اربعة اقسام فاعليه كالنجار واليه كالفاس وحاليه كالنجر ومحليه كالخشب وهذا حج
مسائل البيوع من العقود عند دخول المفسد من حيث الاهل ومن حيث المحل او غيره فشرط البيع ان
يكون العاقد مميزا والالة ان تكون بلفظ الماضي والمحل ان يكون مقدور التسليم • وعند الشافعي
الشرط ان يكون العاقد عاقلا بالغا مختارا حتى لا يصح بيع الصبي والمجنون والمكره عنده لعدم القصد
الصحيح والرضا وعندنا ينعقد ولكن يتوقف على اجازة الولي والمكره وبقولنا قال احمد وتمامه يعرف
في الاصول • **قوله** والانشا يعرف بالشرع الانشا عبارة عن ايجاد ما لم يكن وليس للعبد ذلك
بقوله تعالى الا له الخلق والامر وتقديم الجار والمجرور فيها يدل على الحصر كما في قول المصلي ربنا لك الحمد
فقد حصر الخلق لله تعالى ولا يثبت للعبد ولاية الايجاد وهو ان يتلفظ بلفظ دال على امر كائن وغير كائن سوا
كانت كينونته مضافا اليه ام لا فكانت له ولاية الاخبار لا الايجاد وانما جعل اخباره انشا شرعا
لحاجته اليه لان واضع اللغة ما وضع الانشا لفظا خاصا وكان اخباره بمنزلة الانشا لما ان
الوجود لازم للخبر بقضية الحكم عقلا وشرعا ليكون الكلام صحيحا وصدقا نحو ان يقول بعت واشتريت
وكذا للخبر بقضية الحكم كل لفظ يؤدي معناهما بلفظ الماضي لانه اذا كان اللفظ بصيغة الاستقبال
او الامر لا ينعقد بان قال ابيعك او قال المشتري بعني لان الوجود ليس بلازم والوعد يكون مساومة
وطلبا للبيع والشرا فلا يتم الا بلفظ يدل على الوجود بخلاف النكاح فانه ينعقد بلفظ المستقبل •
استحسانا بان قال زوجني فقال الولي زوجتك لان المساومة لا تتحقق في باب النكاح فحملنا اللفظ

على الايجاب كذا في شرح القدوري و الايضاح وقد نص محمد في الاصل قال هذا كلام الناس وليس بقياس وفي المبسوط ان النكاح يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجني نفسك في مجلس العقد لا يجعل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيجعل احدى شطري العقد • فاما البيع فقد يقع بغتة من غير تقدم استيام ولان قوله زوجني تفويض للعقد اليها فيجعل قولها زوجت عقدا لان كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مامورا به وهذا معنى قوله بخلاف النكاح • **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل هذا اذا لم يكن مع نية البيع اما اذا كان مع النية فينعقد وان كانا بلفظ الاستقبال او احدهما لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيخص بالنية فيه كذا في تحفة الفقها والقنية وشرح الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال ضرب تجوز • وقيل انما اختار لفظ الماضي لان الفاعل في الماضي فاعل في الحال يقال من هو البايع يقال هذا والفاعل لا يسمى فاعلا في الحال فالاولى ان يجعل الماضي معبرا عن الحال وفيه نوع تامل • وقيل هذا القول عقدا بالجبر الى القول فيكون اخبارا عن الماضي المفضي الى ارادة اللفظ فيكون ملزوما لثبوت حكم البيع سابقا عن توهم التلجية واللغو والمجاز وفيه نوع تامل ايضا • وفي شرح قاضيخان ولا ينعقد البيع بالمستقبلين او مستقبل وماض كقولك يعني فيقول البايع ابيعك او ابيع لان المستقبل عدة او توكيل فلا يوجد شطر العقد كالاستفهام بخلاف النكاح • وقال الشافعي لا فرق بين البيع والنكاح وفي شرح الوجيز لو قال بعني فقال البايع بعتك ينظر ان قال بعد ذلك اشتريت او قبلت البيع لا محالة بالاجماع وان لم يقل فقولان في قول لا ينعقد وبه قال ابو حنيفة والمزني واحمد في رواية وفي قول ينعقد البيع لا محالة وبه قال مالك واحمد في رواية لان المقصود وجود لفظ دال على الرضا بموجب العقد والاستدعا الجازم دليل عليه والكلام فيما اذا وجد ذلك والنكاح ينعقد به باتفاق الايمة وقلنا الفرق بين البيع والنكاح من ثلثة اوجه احدها ان مجلس العقد في النكاح يكون بعد تامل طويل ومشورة كثيرة فاي لفظ وجد يكون قبولا بخلاف البيع لانه يقع بغتة وقد ذكرناه بتمامه من المبسوط • والثاني ان يرد النكاح لخاطبه يلحق الشين بالاولياء ورد البيع ليس بشين • والثالث ان المامور في النكاح ولان النكاح لا تحضره المساومة عادة فالفاظه كلها ايجاب بخلاف البيع اليه اشير في شرح قاضيخان وقد مر الفرق هناك اي في النكاح وهو قوله والواحد يتولى طرفي النكاح • وفي الكافي خلاف الشافعي فيما اذا لم يكن من القابل نية البيع في لفظ المستقبل اما اذا كان ينعقد بلا خلاف كما ذكرنا • **قوله** او خذ هذا بكذا وكذا قوله ذلك هذا بكذا ولذا لو قال المشتري رضيت او قبلت او اجزت او اخذت وما اشبه ذلك ولا فرق بين ان يكون البادي البايع او المشتري لانه اي قوله رضيت الى آخره يعني يؤدي معناه اي معنى قوله بعت واشتريت فان الاعطا والرضا يتضمن معنى البيع وكذا الامر بالاخذ بالبدل يستدعي سبق البيع في هذه العقود اي العقود التمليكية فكل لفظ يدل على معنى المبادلة بالرضا ينعقد به البيع ولا خلاف للايمة الاربعة فيه ولا يلزم على اصحابنا شركة المفاوضة فانهم قالوا انها تنعقد بلفظة المفاوضة فقط لان عقد المفاوضة لما اشتمل على شروط لا يهتدي الى استيفايها العوام في معاملاتهم اشترط اللفظ الخاص بها حتى لو كانا عالمين بشروطها فعقدوا شركة المفاوضة بلفظ آخر مع استيفاء الشروط صح كذا في شرح المجمع وبقوله في هذه العقود احترز عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى ولهذا اي ولان الاعتبار للمعنى ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس والخسيس ما يكون قيمته دون نصاب السرقة • والنفيس ما يكون قيمته مثله او فوقه والمشهور من مذهب الشافعي ان البيع لا ينعقد بالتعاطي لان الافعال لا دلالة لها بالوضع على مقصود التابعين • وقال مالك ينعقد البيع بكل ما

يعده الناس بيعا وبه قال بعض اصحاب الشافعي وذلك مثل لفظ الاخذ والاعطا بكذا كما ذكرنا وفي حلية المؤمن ومثله هو الاختيار وعليه العمل في بلاد الاسلام وفي تتمتهم وهو المختار للفتوى لان المقصود المبادلة بالرضا فمتى حصل ثبت حكم البيع باي شي حصل لانه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ فوجب الرجوع الى العرف كذا قاله النواوي • **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فان عنده لا يجوز البيع بالتعاطي الا في الاشيا الخسيسة اي المحقرة مثل البقل والرطل من الخبز والبيض استحسانا للعادة اذ القياس ان لا ينعقد بالفعل لانه لا دلالة له على المقصود وبه قال احمد ولذا خصه القدوري بالمستحقر ومما جرت العادة وفي الايضاح هذا خلاف ما ذكر محمد في الاصل في مواضع • وفي المجتبى انعقاد البيع يكون بالالفاظ وبالتعاطي ايضا • اما الالفاظ فينعقد بكل لفظين ينبئان عن معنى التمليك والتملك بصيغة الماضي والحال دون الامر والمستقبل فينعقد بلفظ البيع وما قام مقامه كما ذكرنا • وفي جمع النوازل قال اعني عبدك بالف باستفهام فقال نعم فقال اخذته فهذا بيع لازم • وقوله اعتك كقوله بعت • وفي شرح الاسبيجابي لو قال ابيع منك هذا او ابدله او اعطيكه فقال اشتريته بكذا او اخذته ونويا الايجاب للحال ينعقد البيع • وفي فتاوى قاضيخان قال اشتريته بكذا او اخذته ونويا الايجاب للحال ينعقد البيع • وفي فتاوى قاضيخان قال اشتريته منك بالف فقال فعلت فبيع وفي النوازل لو اضاف البيع الى ما لو اضاف اليه العتق يصح صح البيع كالوجه والراس والفرج قال اشتريته منك بكذا فتصدق به على هو لا او اقطعه لي قميصا ففعل في المجلس صح والا فلا وكذا الاقالة • وعن الامام السرخسي لو قال ابن جاريه را ازمن خريدي بخند بي فقال خريدم ولم يقل هو فروختم صح لان معناه خريدي كه من فروختم وفي المحيط سماع المتعاقدين الايجاب والقبول شرط للانعقاد ولو سمع اهل المجلس وقال البايع لم اسمعه ولم يكن وقر لم يصدق • ولو قال خذ هذا الثوب بعشرة فقال اخذت او قال كل هذا الطعام بدرهم لي عليك ثم البيع واكله حلال والاكل والركوب واللبس بعد قول البايع بعت رضا بالبيع ولو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار وهذا العبد بثوبك هذا فبيع بالاجماع • ولو قال ان اديت ثمنه فقد بعته منك فاداه في المجلس صح استحسانا ولو قال هو لك بكذا ان وافقك او قال ان اعجبك او ان اردت فقال وافقني او اعجبني او اردت جاز • وفي جمع النوازل قال اذهب بهذه السلعة وانظر اليها اليوم فان رضيتها فهي لك بالف فذهب به جاز • وكذا ان قال ان رضيتها اليوم وهذا تفسير البيع بالخيار الى الليل قال بعتكه بالف نقبض ولم يقل شيا او قال هو حر فهو قبول وعتق بخلاف قوله هو حر ولو قال بعتكه بكذا بعد جري مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك او على العكس صح ولو قال اشتريته بكذا فقال هو لك او عبدك • وقيل يجوز وقال بعته من فلان الغايب فحضر الغايب في المجلس وقال اشتريت صح • ولو قال لرسوله فبلغه فقال اشتريت صح فالواحد لا يتولى طرفي العقد الا الاب يشتري مال ولده الصغير لنفسه او الوصي مال اليتيم لنفسه او القاضي بامره والعبد نفسه من مولاه بامره • اما التعاطي فهو قال لقصاب زن منوي من اللحم بدرهم فوزن ودفعه واخذ الدرهم يجوز • ولو قال زن من هذا اللحم ثلثة ارطال فوزن فالمشتري بالخيار اذا قطعه لانه ليس بمعلوم وان اخذ فلا ولو قال زن لي من هذا الجنب او الرجل والمسلة بحالها فلا خيار له • وكذا لو قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلثة ارطال بدرهم جاز ولا خيار له • وفي اجناس الناطفي ولو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع • وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصاب من دفع اللحم اجبرهما القاضي عليه • ونص محمد ان بيع التعاطي كما يثبت بعض البدلين يثبت بقبض احدهما • وقال صدر القضاة وغيره ان بيع التعاطي بيع وان لم

بوجد تسليم الثمن • وفي الذخيرة اختلف المشايخ في ان الاعطا من الجانبين شرط في بيع التعاطي او من احدهما
يكفي واشار محمد في الجامع الصغير ان تسليم المبيع يكفي وفي جمع التفاريق تسليم المشتري ما اشتراه الى من يطلبه
بالشفعة في موضع لا شفعة فيه بيع وكذا تسليم الوكيل ما اشتراه لنفسه الى الموكل اذا اقبضه الامر او انكر
الامر وقد اشترى له وكذا رد هذا بخيار رد البايع لستيقن انها ليست له فاخذها ورضي وكذا الرد بعد الثلث
والبيع بينه زورا اذا رضي الامر عند ابي يوسف • ولو جاء المودع بامة اخرى وقال هذه امتك وحلف حل
الوطي لها اي للمودع والامة لانه رضي وتسلم وعن ابي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف
الخياط وسعه اخذها • قال الدلال للبزاز هذا الثوب بدينار فخذه فقال البزاز ضعه فوضعه يحسن
ان يكون بيعا ولو اختلفا في الايجاب والقبول بان قال البايع بعته بالف وقال اشتريته بالفين جاز فان
قبل البايع الزيادة ثم بالفين والا يصح بالفين فقال البايع بعته بالف جاز وكانه قبل بالفين والا يصح
بالف جاز وكانه قبل بالفين وحط عنه الفا قال بعته بالف الى سنة او يشترط خيارا لم يتم الا اذا اجاز
في المجلس ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه فبعشرة وان كان في يد المشتري فبعشرين
عندهم جميعا وقال الطحاوي باخرهما كلاما • ولو مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما ينظر الى اخرهما
كلاما فيحكم بذلك قال بعتكه بالف بعتكه بمائة دينار فقبلها فهو زيادة ان قبلهما جاز • وفي الزيادات
انه بالثاني • **وقيل** يلزمه الثمنان وان استويا • ولو بعتك هذين العبدين فقبل في احدهما لم يجز
او قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل احدهما لم يجز لتفريق الصفقة • ولو فصل بان قال بعت هذا
بالف وهذا بالف فله ان يقبل ايهما شاء لان البايع فرق • **قوله** لو اذا اوجب اي اثبت وحقق بان قال
بعت او قال اشتريت والمراد بالايجاب ما يبدى من لفظه بعت او اشتريت او ما يقوم مقامهما وهذا
اي قوله والاخر بالخيار ويسمى خيار القبول لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار اي قولا كما يجي ولان
حق الساكت في القبول لا يبطل بايجاب الموجب الا برضاه • وللموجب اي للبايع او للمشتري ان يرجع قبل
قبول الاخر • **فان قيل** ينبغي ان لا يصح رجوعه لتعلق حق الاخر به وهو يملك الثمن او المبيع **قلنا**
الحق للموجب لانه اثبت الولاية للاخر للتمليك • **فان قيل** يشكل بما اذا عجل الزكوة حيث لا يجوز له حق
الاسترداد لتعلق حق التملك للفقير • **قلنا** الاصل موجود وهو النصاب والوصف فايت وهو النما
فلا يرجع لاجل فوات الاصل ولا كذلك هنا لان الاصل ما وجد بل وجد شطره فلا يكون البيع موجودا
كذا في الكافي قوله اي لخلو الرجوع عن ابطال حق الغير لانه لم يتعلق به حق الغير كما بينا وفي الجارية
غاية ما في الباب ان للمشتري حق التملك ولكن لا يعارض حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق
المالك بحق التملك وهذا لا يجوز ولان لكل انسان حق التملك في ملك الغير بسبب من الاسباب وذا لا
يمنع تصرف المالك الا ترى ان للاب حق التملك في مال ولده عند الحاجة وقبل تملكه يجوز تصرف
الابن كيف شاء • واما يمتد اي خيار القبول الى اخر المجلس لان ساعات المجلس كساعة واحدة كما في الصرف
والسلم وخيار المخيرة • وقراءة اية السجدة • وقال الشافعي شرط التوالي والتوافق بين الايجاب
والقبول الا الترتيب حتى لو تخلل فصل طويل بينهما او تخللهما كلام اخر لم ينعقد البيع سواء تفرقا عن المجلس
او لا فينعقد لو قال البايع بعت وقال المشتري اشتريت ولو قال المشتري استاجرت لم ينعقد لاختلافهما
كذا في الغاية وشرحه وشرح الوجيز والكتاب كالخطاب وصورة الكتابة ان يكتب الى رجل اما
بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب وقرا وفهم ما فيه وقبل في المجلس تم البيع
سواء تفرقا عن المجلس او لا وصورة الارسال ان يقول لرجل اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع
عبده فلانا منك بكذا فجاء الرسول واخبره بما قال فقال فلان في مجلسه ذلك اشتريت او قبلت

تم البيع • وعند الشافعي ينعقد في صورة الكتابة على اصح الوجهين اذا كانت مقرونة بالنية وفي
وجه لا ينعقد لان المخاطب لا يدري من خوطب فلا يدل على الرضا وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة لذا
في شرح الوجيز • وفي الحلية لو كتب اليه بيع سلعة منه لم يصح في اصح الوجهين وفي المحشي في جمع
التفاريق يصح الرجوع عن الرسالة ولو بلغه الرسول بغير امره فقال اشتريت لم يجز • ولو كتب اليه
اشتريته بكذا فكتب اليه بعت تم البيع • ولو قال بعته من فلان الغايب حضر الغايب في مجلس وقبل
صح • وفي الجنازية ذكر في المبسوط لو كتب اليه يعني بكذا فقال بعته تم البيع وقد طعنوا في هذا
بان البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فكيف من الغايب والجواب ان مراد محمد بيان الفرق بين النكاح
والبيع في شرط الشهود دون بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع او يقول بعني من الحاضر يكون استياما
عادة تاما من الغايب بالكتابة يراد احد شطري العقد فاذا انضم الشطر الاخر تم البيع وفيه نوع
تامل وليس له اي للمشتري ان يقبل في موضع البيع مثلا لو قال بعته بالف فقال قبلت نصفه بخمسمائة
او قال لشيئين بعتهما بالف فقال قبلت في احدهما كذا والمشتري اي المبيع بان قال بعته بالف فقال
قبلت بخمسمائة وبه قال الشافعي بتفريق الصفقة فان من عادة التاجر ضم الردي الى الجيد في البياعات
ليروج الردي بالجيد فلو ثبت خيار القبول في احدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الردي على
البايع فيزول الجيد عن ملكه باقل من ثمنه وفيه ضرر البايع فكان التفريق مستلزما للضرر لانه اي
البيع الذي فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان معنى ومراده اذا تكرر لفظ البيع بان قال بعت هذا
بكذا وبعت هذا بكذا الا انه تتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد فانه لو قال بعتهما بالف
هذا بخمسمائة وهذا بخمسمائة فقبل احدهما لا يصح كذا في المبسوط • وفي الكامل لو قال بعتك هذين
فقبل احدهما • او قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل احدهما لم يجز للزوم تفرق الصفقة ولو فصل
وقال بعتك هذين بعتك هذا بمائة وهذا بمائة فللمشتري ان يقبل ايهما شاء لان البايع فرق وفي المحيط
لو كان الثمن متفرقا ينظر ان اتحد الايجاب والقبول فالصفقة متحدة وان تفرق الايجاب والقبول
فالصفقة متفرقة • وان تفرق الايجاب واتحد القبول او على عكسه فالصفقة متفرقة **قيل**
هذا عندهما اما عند ابي حنيفة متحدة • **قوله** وايهما قال ذكر على وجه التعميم على المتعاقدين احترازا
عن ايجاب الخلع والعتق على مال فانه لا يعم المتعاقدين احترازا عن ايجاب الخلع حيث لا يبطل الايجاب
بقيام الزوج والمولى بخلاف قيام المراة والعبد • وعن البديعي المراد من القيام عن المجلس الذهاب عن
ذلك المكان لا بمجرد الانتصاب • وان كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام لان شيخ الاسلام
خواهر زاده ذكر في شرح المجمع اذا قام البايع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح والبه اشير
في جمع التفاريق • قال صاحب المحيط وهكذا اكتب في هذا الباب ايضا • وفي فتاوى الصغرى ما يخالف
هذا حيث قال فيه الايجاب في البيع يتوقف على المجلس فان قام احدهما بطل وان لم يذهب لان القيام
فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض • **قلنا**
الصريح انما كان اقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق • فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ
منه ولا يجمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جمع المتفرقات كما ذكرنا بالقيام لا يبقى المجلس **وقيل**
قوله قام عن المجلس دليل على ان الذهاب عنه شرط لان القيام عنه يتحقق بالذهاب اما لو لم يذهب لا يقال
قام عنه بل يقال قام فيه • **قوله** ولا خيار لواحد اي لاحد المتعاقدين وبه قال مالك • وفي شرح
الطحاوي هذا في البيع الصحيح • وعند الشافعي لهما خيار المجلس وبه قال احمد فانه ذكر في كتبهم اذا حصل
الايجاب والقبول انعقد البيع ويثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا او يتخايرا وهو ان يقولا اخترنا امضاء البيع

او فسخه وروي انه عليه السلام اذا ابتاع شيئا خير المبايع • وروى البخاري عن ابن عمر انه عليه السلام قال كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا الا بيع الخيار • ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود احلت لكم
وقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فاباح الاكل بوجود التراضي
عن التجارة والبيع تجارة عن تراض فدل على نفي الخيار وصحة البيع وجواز تصرف المشتري في البيع ولان
هذا عقد فليزم الوفاء به وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم ندبت الى الاشهاد توثقة لهما في ثبوت الخيار
تسقط معنى التوثق وكان فيه معنى ابطال الكتاب وما روى مالك عن نافع عن ابن عمر انه عليه
السلام قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه فمد المنع من البيع الى وجود القبض • وعند
وجوده ينتفي سواء وجد في المجلس او بعده والبيع لا يجوز الا بعد ثبوت الملك لذا قيل وفيه نوع
تامل • وقول عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار • وقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم
وقد شرطا امضاء البيع فيلزمهما وقوله عليه السلام لحبان بن منقذ اذا اشتريت فقل لا خلابة
ولي الخيار نعلم ان البيع يلزم بالايجاب والقبول • وقوله عليه السلام اذا ابتعت فلا تبع حتى تقبض
وما بعد الغاية تخالف ما قبلها فظاهره انه اذا قبض في المجلس جاز البيع ولان في اثبات الخيار
لاحدهما يستلزم ابطال حق الاخر فينتفي لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا يضر
الرجل اخاه ابتداء لان الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو
ان تضر من ضرك ذكره في المغرب ولان الفسخ رفع بعد الوجود ووجود البيع قائم بهما فلا ينفرد احدهما
برفعه لاختصاص الرفع بمن وجد به الاثبات ولانه عقد معاوضة فيلزم بالايجاب والقبول كالنكاح
لتمام التراضي والحديث محمول في المبسوط • راوي حديث ابن عمر مالك ومذهبه ان خيار المجلس لا يثبت
وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه ولهذا قال ابن عربي قال مالك ليس لهذا الحديث عندنا حد
معروف ولا امر معمول به ولو صح الحديث فالمراد بالمتبايعان المتساومان فان حقيقة المتبايعين حالة
التشاغل لا بعد الفراغ كالمتقاتلين والمتشاتمين وبه نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار الا ترى
ان الخيار بعد الايجاب قبل القبول فان للمشتري القبول وتركه وللبائع الرجوع قولا وفعلا حتى اذا قام
عن مجلسه لم ينعقد بالقبول بعده وكذا لو بدأ المشتري فقال اشتريته فللبائع خيار القبول والرد •
وللمشتري الرجوع قولا وفعلا وهذا هو الخيار الذي يقتضيه الحديث اذا عمل بحقيقته وهو منته •
بافتراقهما واعتبار الحقيقة هو الاصل عند الامكان وقد امكن بما ذكرنا فلا نعمل بالمجاز تحرزا عن الجمع
بين الحقيقة والمجاز فيكون المراد بالتفرق في الحديث التفرق بالاقوال دون المكان والامكان وكذا في
حديث البخاري وذكر ابو يوسف في الامالي ان تاويل الحديث اذا قال الغنم بعني بكم السلعة بكذا فيقول
الاخر بعت وبه يقول اذ بعد هذا الكلام قبل قول المشتري اشتريت فكل واحد منهما بالخيار • **فان**
قيل كيف يستقيم تاويل الحديث بخيار القبول لان خيار القبول من المشتري لا من البائع والنبي عليه
السلام • قال المتبايعان فيقتضي ان يكون الخيار لهما والقبول لا يحقق من البائع • **قلنا** قد يحقق كما ذكرنا
ولان التمكين من القبول بمنزلة القبول بدليل قوله تعالى الزانية والزاني ثبت فعل الزنا فيهما باعتبار
التمكين كذا قيل • وفيه اي في الحديث اشارة اليه اي الى خيار القبول لان الحالة ثلثة • احدها
بعد تمام القولين وثانيها قبل تمامهما • وثالثها حالة التكلم بهما • وفي الحالتين الاوليين اطلاق اسم
المتبايعين مجاز محض باعتبار ما كان او ما يؤول وحالة التكلم وهي حالة الايجاب قبل القبول
حقيقة • **قيل** حقيقة قاصرة لان احدهما المتبايع اذ لا يتصور لها حقيقة سواها فكان في الحديث
اشارة اليه ولان هذه الحالة حالة جامعة لما كان قبل التبايع وما كان بعده فكانت احق بحقيقة

حالة التبايع وما روي انه عليه السلام اذا ابتاع شيئا خير البائع انما فعل ذلك تفضلا وتكرما فلو
كان الخيار للبائع ثابتا بالشرع لم يحتج الى تخييره او نحمله اي نحمل الحديث خيار القبول فنحمل عليه اي على
خيار القبول لان ما روينا من الاحاديث محكم وهذا محتمل فيحمل المحتمل على المحكم جمعا بين الاحاديث بقدر
الامكان وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابرهيم النخعي • والتفرق اي التفرق المذكور في
الحديث تفرق الاقوال لما ذكرنا • وقد جاء في الكتاب والسنة التفرق واريد به التفرق بين الابدان
قال الله تعالى ان يتفرقا يغن الله كلا من سعته • وقال تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد
ما جاءتهم البينة وما امروا • وقال عليه السلام افترقت اليهود والنصارى على ثنتين وسبعين فرقة
الحديث • **وقيل** لم يكن لتفرقهما بالابدان وقت معلوم ولا غاية معروفة الا ان يقوم احدهما
او يقوما على ما ذهب اليه الخصم وهذه جهالة يقف عليها انعقاد البيع فيصير من بيع المنابذة والملامسة
وهذا مقطوع بفساده • ومعنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد معروف • وفي المجتبى اعلم انه لا بد من
معرفة اتحاد المجلس وافتراقه والمجلس لا يتبدل باحد المتعاقدين بعمل غيرها عقد له المجلس او عمل يدل على
الاعراض عن العقد • وفي مبسوط شيخ الاسلام لو اكل لقمة واحدة لا يتبدل المجلس ولو اشتغل بالاكل
يتبدل ولو كان في يده قدح فعند الايجاب فشرب منه لا يتبدل وكذا لو كان في الركعة الاولى من
التطوع فاضاف اليها اخرى او في الفريضة ففرغ منها • ولو ناما مضطجعين او احدهما فهو فرقة
ولو ناما جالسين فلا • ولو كانا يمشيان فخطا خطوة ثم قبل جاز وهذا خلاف ظاهر الرواية • وفي
جمع العلوم خطا خطوتين جاز وبه ناخذ • ولو كانا يسيران على دابة او في محمل لم ينعقد حتى يتصل
وفي السفينة كالبيت ولا يجوز ان ينادي به من بعيد ومن وراء جدار قال تاج الدين يمشيان او يسيران
على دابة واحدة او دابتين فان كان الايجاب والقبول متصلين وان قل لا يصح • وان كانا متصلين
يصح • **وقيل** يجوز ما لم يفترقا بذاتيهما لان القيام دليل الاعراض اما السير بلا افتراق فلا وهكذا
في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة • وفي جمع التفاريق قال ان رد البائع ايجابه قبول المشتري بطل •
ولو قال بعتكه بالف ثم قال الاخر بعتك بنصفه بخمسمائة فقبلا فللثاني ولا قبول للاول فان قال اعطيتك
كذا فلم يقبل حتى حكم البائع انسانا في حاجة بطل • وفي شرح الوجيز خيار المجلس ينقطع بالتخاير وبالتفرق
وبابدانهما ولو اختار احدهما يقطع خياره ويبقى خيار الاخر وفي وجه لا يبقى خيار الاخر • واما التفرق
بالابدان فلو قاما في ذلك المجلس مدة او طويلة او قاما او تماشيا منازل فهما على خيارهما وهو المذهب
وقيل وجهان عنهم وقال بعض الاصحاب لا يزيد الخيار على ثلثة ايام • والوجه الثاني لو شرعا
في امر آخر واعرضا عما يتعلق العقد به وطال الفصل انقطع الخيار • نقله صاحب البيان ثم الرجوع
في التفرق الى العادة فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد وما لا فلا فلو كانا في دار صغيرة فالتفرق
ان يخرج احدهما الى الصحراء او بدخوله من الصحن في بيت او صفة • ولو كانا في السوق فاذا ولى احدهما
ظهره ومشى قليلا لا حصل التفرق وعن الاصطخري فالشرط ان يبعد بحيث اذا كلم صاحبه على الاعتياد
من غير رفع الصوت لم يسمع ولا يحصل التفرق بارخاء الستر بينهما ولو بني بينهما جدار ففي وجهان احدهما
وهو الاصح لا يحصل التفرق ولو تبايعا من بعيد صح البيع • **قيل** لا خيار لان البعد المقارن يمنع ثبوته
كان البعد الطاري يمنعه • **وقيل** يثبت ما داما في موضعهما ولو مات احدهما في المجلس فالخيار
لوارثه • **وقيل** يسقط ويلزم البيع لان مفارقة الدنيا كمفارقة المكان بل اولى وهل ينقطع
خيار الحي على تقدير ان لا خيار للوارث • **قيل** ينقطع **وقيل** لا ينقطع ثم الوارث ان كان حاضرا
في المجلس يمتد خياره الى آخره • وفي الغائب لو وصل الخبر اليه قيل على الفور وفي وجه يدوم كما للمورث

بيتا او يصعد السطح وكذا لو كانا في
مسجد صغير او سفينة صغيرة ولو كانا في
الدار كبيرة فالتفرق ان يخرج احدهما

ولو كان الوارث اثنين او ثلثة فكذا الحكم ان كانوا حضورا ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الاصح وان
كانوا غيبا فلهم الخيار اذا اجتمعوا في مجلس واحد • قوله والاعواض المشار اليها اراد بذلك ما
يقع العقد اليه سواء كان من النقدين او غيرهما وسواء كانت ثمنا او مثمنا بعد ان لم يكن في الاموال الربوية
فانها اذا بيع بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان اشار اليها لاحتمال الربوا على ما يجى التقييد بالبيع
احترازا عن السلم عند ابي حنيفة كما يجى ولا يكتفى بالاشارة وجهالة الوصف فيه او وصف المقدار في التعريف
او في البيع لا يفضي الى المنازعة لانها حاضرة والتقابض حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم •
فيه حيث لا يجوز لاداتها الى المنازعة لعدم حضوره قوله والاثمان المطلقة ذكر الاطلاق ههنا للاحتراز
عن اثمان غير مخلوقة للثمنية لانه ذكر بعد قوله والاعواض المشار اليها مع اختلاف الحكم علم ان ذلك
الاختلاف لم ينشا الا بذكر الاشارة وعدمها لان ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشارا •
وان لم يكن هو مخلوقا للثمنية كالمكيلات والموزونات كما هو شرط في النقدين فلم يفد الاحتراز عنه بذكر •
الاطلاق فيكون المراد بالاطلاق ههنا ما لم يقع العقد عليه بالاشارة وانما يدخل في العقد بالتسمية
وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة • وبيان الوصف ان يقول سمرقندي او بخاري يعني اي كون الجهالة
المفضية الى المنازعة مانعة هو الاصل في كتاب البيوع بالاجماع لان شرعية المعاملات لقطع المنازعة
المفضية الى الفساد وفي جامع قاضي خان والمجتبى الاصل فيه ان التسليم واجب بعقد البيع فكل جهالة
لا تؤثر في التسليم لا تؤثر في العقد فاذا كانت الاعواض مشارا اليها امكن تسليمها بلا منازعة • فاما
اذا لم يكن مشارا اليها لا يمكن التسليم الا بذكر القدر والصفة فلم يصح العقد بدون ذكرهما ثم لا بد من معرفة
الاثمان المطلقة في الكامل النقدان والفلوس ثمن كيف ما ذكر لانهما لا يتعينان عندنا خلافا للشافعي
فيثبت في الذمة • وعن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة قال صاحب المجتبى وهو المراد بالاثمان المطلقة
ههنا وفي الكامل الاعيان التي ليست بمثلية مبيعة لانها يتعين اما المكيل والموزون والمعدود المتقارب
ان قوبل بالنقدين وان قوبل بغيرهما وعين ولم يعين وصحبه الباء فثمن وما لا يثبت في الذمة اصلا او الا سلما
فمبيع ولا خلاف للائمة الا زفر ان الثمن اذا لم يكن معينا لا بد من بيان قدره ووصفه وكذا المبيع لما ذكرنا
ان الجهالة مانعة من التسليم والتسلم • قوله او مؤجل وفي بعض النسخ ومؤجل وعليه اجماع العلماء لان
قوله تعالى احل الله البيع يتناولهما • وللحديث المذكور في المتن ولقوله عليه السلام من اسلم منكم الحديث
ولا بد من كون الاجل معلوما لان جهالته مانعة من التسليم والتسلم فيؤثر في صحة العقد وفي الكامل ولو
بعتكه بالف حالا او بالف نسية لا يجوز لجهالة الثمن • قوله ومن اطلق الثمن اي عن ذكر الوصف يعني ذكر
القدر والنوع دون الوصف فانه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين الاولى وهي قوله والاثمان المطلقة
وفي البدرية انما اورد هذا لبيان ان تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الاصالة الدلالة •
باعتبار العرف وكثرة الاستعمال • وفي الخبازية قوله اطلق اي عن ذكر الوصف وعن نقد البلد المتعارف
فيكون هو الغالب وفيه اي الصرف الى نقد البلد التحري اي طلب الجواز اذ امور المسلمين محمولة على الصحة
ما امكن فان الظاهر من حال المسلم ان يقصد الصحيح من البيع وذلك بالصرف الى ما جرت به العادة فصار
كانهما نطقا بنقد البلد اذ المعروف عرفا كالمشروط شرعا وهذا اي فساد البيع في صورة استواء النقود
في الرواج مع اختلافهما في المالية كالذهب الركني والخليفتي فان الخليفتي افضل في المالية من الركني فانهما
كانا غالب نقد البلد • وعند الشافعي يفسد البيع ايضا لكن عنده لا فرق بين البطلان والفساد كما يجى
وفي جمع النوازل اشترى بالف ولم يبينها وفي البلد نقود مختلفة فان كانت في الرواج سواء ولا فضل •
لبعضها على بعض جاز البيع وان كان بعضها افضل واحدها اروج جاز بالاروج وان استوت في الرواج

يجوز

لا يجوز وفي جمع التفاريق قال بعني بهذه الدراهم فاراه فاذا هي زيوف او ستوقة ولم يعلما اعطاه
خيرا • ولو تصادقا على ان البائع كان يعلم وحده فكذا في الستوقة ولو علما وكل واحد يعلم صاحبه وقع
البيع على هذا وفي المحيط لو وجده ستوقة فسد البيع والزيف ما رده بيت المال والستوقة فارسي
معرب معناه سه طاقه لانها تكون مموهة الجانبين بالفضة ويكون وسطه او رصاصا قال برهان •
الائمة لو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجدها خلاف نقد البلد ليس له الرد ولو قال
بما في هذه الخابية من الدراهم فله الخيار وان وجدها نقد البلد ويسمى هذا خيار الكمية وفي فتاوي
قاضي خان قال لمديونه بعني هذا ببعض العشرة ويعني مما بقي من العشرة جاز وفي المجرد قال بعتكه
بقفيز حنطة او دقيق لا يصح حتى يقول جيدا او وسطا او رديا وكذا بكذا تمرا وكذا كل ما يكال او يوزن •
فلو اشتراه بمائة مثقال فضة غير معينة او ذهب لا يجوز حتى يصفه جيدا او رديا • ولو قال بالف نبهرجة
او زيوفا لا يصح الا اذا كانت معروفة في البلد • وفي المبسوط النبهرج ما يرده التجار اي هذه الزيف •
فالمتسامح المتساهل منهم يجوزه والمستقصي لا يجوزه لغش فيه • وفي المغرب النبهرج الدرهم الذي فضته
رديه وقيل الذي الغلبة فيه الفضة الثنائي ما كان اثنان منه دانقا والثلاثي ما كان الثلاثة
منه دانقا • والنصري بسمرقند بمنزلة الناصري ببخارى كذا في الجمهرة • قوله ويجوز بيع الطعام
الطعام في عرف هذا الزمان يقع على الحنطة ودقيقها خاصة فلا يكون ذكر الحبوب مستدركا فكان المراد
من الحبوب غيره او اسم الطعام غلب على البر كما جاء في حديث الفطرة صاعا من طعام فكان ذكر الحبوب
بعده يقع على ما بعيره كالباقلى والحمصة فانهما يوكلان حبا حبا والحبوب غيرهما بهما دلالة لدخول
كل منهما تحت الكيل المكايلة بالكيل كرنهما نه معاملت كردن والمزازفه الجزاف فارسي معرب وهو البيع
بالحدس او الظن بلا كيل ولا وزن كذا في الصحاح والمغرب وهذا اي البيع مجازفة ثم هذا القيد وهو قوله
اذا باعه بخلاف جنسه انما يكون مفيدا اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل • فاما اذا كان قليلا لا يدخل تحت
الكيل فيجوز بيعه بجنسه مجازفة ايضا كذا في الذخيرة دشايه اي جهالة المجازفة جهالة القيمة بان اشترى
شيئا بدرهم ولم يدر قيمته ازيد منه او نقص يجوز لان هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانع
قوله ويجوز باناء بعينه قالوا هذا في اناء لا يحتمل الزيادة كالاناء من حديد وخشب وما اشبه
ذلك اما اذا احتمل كالزنبيل والجوالق والغرائر لا يجوز كذا في المبسوط لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد
فلا باس به لان في المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع والقدرة
عليه في الحال ثابتة بقيام المكيال الذي عينه وهو ظاهر المذهب • ولو باع طعاما على ان يكيله
بزنبيل او باناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذا لو اشترى وزن حجر او حجرا •
لا يعرف وزنه بهذا الحجر وفيه الخيار وعن ابي يوسف لا يجوز وفي جمع النوازل لو اشترى بوزن هذا
الحجر ذهبا ثم علم به جاز وله الخيار • وكذا لو باع عبده بما باع فلان عبده جاز • وفي جمع العلوم •
لو يعلم المشتري جاز وبما يبيع الناس لا يجوز وهكذا ظاهر مذهب الشافعي • وحكي عنه وجه انه يجوز
وان لم يعلم ما باع فلان • ووزن الحجر لامكان الاستكشاف وازالة الجهالة له كذا في شرح الوجيز
وعن ابي جعفر لو بعتك من هذه الحنطة مثل ما يملأ هذا البيت لا يجوز ومثل ما يملأ هذا الطشت
يجوز • ولو باع حنطة على فرسخ او فرسخين ولم يسم اين يجي فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها حيث كانت
وفي حيل الخصاف لا يجوز حتى يقول كذا منا من بدرا وحبوب كذا • وعن ابي حنيفة لا يجوز شراء قربة
من ماء هذا النهر لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة واطلق جوازه في المجرد وكذا قربة بعينها
او راوية من ماء الفرات يوفيه من منزله وجوزه ابو يوسف ايضا وعنه اذا املاه ثم تراضيا جاز

وكذا لو اشترى طعاما وزن ثوب
او متاعا او ملا هذا الاناء لم يجز
التفاوت يتقى عنه بجواز الشراء

وهو مجازفة قال برهان الدين باع كل حق له في هذه القرية ولم يعلما نصيبه لم يجز ولو علما جاز
وهو مجازفة قال برهان الدين باع كل حق له في هذه القرية ولم يعلما نصيبه لم يجز ولو علما جاز وهو
علم المشتري دون البائع جاز وبه قال الشافعي ومالك وعلى عكسه لا يجوز عند ابي حنيفة وبه قال
الشافعي وقال مالك ان بينه البائع يجوز والا لا ولو اشترى ما في يده ولم يعلما مقداره جاز مضمونا
كان او امانة • وفي جمع التفاريق قال في يدي لك ارض خربة بمكان كذا فبعها مني ولا يعرف البائع
الارض ولا قيمتها فعن ابي حنيفة لا يجوز البيع حتى يعلما • وعنه جاز وان لم يعلما واليه رجع ابو يوسف
الكل من المجتبى وعن ابي حنيفة يجوز في البيع اي في بيع المساومة ايضا وهو رواية الحسن عنه لان
البيع في المكيلات لا يخلو اما ان يكون مكايلة او مجازفة وفي المجازفة لا بد ان يكون مشارا اليه وفي
المكايلة هو القدر المسمى ولم يوجد شيء منهما لانه غير مشار اليه ولا مقدر لانه غير معلوم مقداره •
والاول وهو جواز بيع المساومة وعدم جواز السلم اصح ودليل الاصح مذكور في المتن وظاهر اي بحسب
الرواية والتعليل • **قوله** يسمى جميع قفزانها وفي بعض النسخ جملة قفزانها او كان الصبرة في المجلس •
وسلم صح البيع ويثبت للمشتري الخيار • وقالا اي ابو يوسف ومحمد يجوز على الوجهين وهو ما ذكر جملة
القفزان وما لم يذكر وبه قال الشافعي ومالك واحمد لجهالة المبيع والثمن لان جملة القفزان
غير معلوم فيكون بازائها غير معلوم ايضا • **فان قيل** سلمنا جهالتهما ولكن جهالة لا تفضي الى المنازعة
فينبغي ان لا يفسد البيع كما في الاعواض المشار اليها لان كل قفيز بدرهم فبعدد ذلك لا يتفاوت ان يكون
الصبرة مائة او اقل او اكثر • **قلنا** قد تفضي الى المنازعة لان البائع يطالب المشتري بالثمن اولا والثمن
غير معلوم فيعجز عن تسليم الثمن وكذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم عرفانه قدر المبيع فيتنازعان
وهو اي الاول معلوم اي معلوم القدر والثمن وجاز افراده من الجملة لعدم تفرق احد فصح فيه صيانة
كلاما عن الالغا بقدر الامكان وبالكيل في المجلس قيد به لانه اذا كان بعد الافتراق منه لا يصح لان
ساعات المجلس جعل كساعة واحدة فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد اما لو افترقا تقرر الفساد فلا ينقلب
جائزا • **فان قيل** يشكل بما اذا كان الفساد باجل مجهول وشرط الخيار اربعة ايام فانه ينقلب جائزا
برفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس • **قلنا** الافتراق والفساد ثمة لم يكن في صلب العقد فلا يتقيد
رفع المفسد بالمجلس فان اثر الفساد ثمة لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد
الاجل اليه اشير في جامع قاضي خان بعد بما ازالتهما اي ازالة الجهالة بان يكال الا الصبرة في المجلس •
فلا يفضي الى المنازعة • ومثلها اي مثل الجهالة الغير المفضية الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلثة
بالخيار • **فان قيل** ينبغي ان يجوز البيع بالرقم عندهما لان ازالة الجهالة بيدهما وبيع العبيد الاربعة
على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام والبيع باي ثمن شاء المشتري لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة والحال
ان البيع في الكل باطل بالاجماع او فاسد • **قلنا** اما الجهالة في البيع بالرقم تمكنت في صلب العقد وهو
جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار بمنزلة القمار لانه يحتمل ان يبين البائع قدر الرقم بعشرة او
اقل او اكثر ولهذا قال الحلواني لو علم المشتري بالرقم في المجلس لا ينقلب جائزا لكن اذا كان البائع قائما
على ذلك ورضي به المشتري ينعقد البيع بينهما بالتراضي كذا في الذخيرة بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم
بكيل البائع يعلم بكيل المشتري فكانت ازالة الجهالة بيدهما وفيه نوع تامل • واما في احد الاربعة
لا يجوز لعدم المعقود اليه لان العقد لم ينعقد في غير المعين وهذا القياس في الثلاثة الا انا جوزنا في
الثلاثة استحسانا بالنص كما يجيء وكذا في الشراء باي ثمن شاء المشتري لا يجوز لعدم الثمن لانه لا يمكن
ان يجعل قدرا من الثمن ثمنا في الحال قبل مشيئته بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه والثمن مذكوران لكن

غير معلوم القدر كذا في مبسوط ابي اليسر • واما جواز ابي حنيفة عن بيع عبد من عبدين ان القياس فيه
الفساد الا انا جوزناه استحسانا بالنص • وفي المبسوط الاصل عند ابي حنيفة انه متى اضاف كلمة كل الى
ما لا يعلم نهايته فانما يتناول ادناه وهو الواحد وهو صيانة الكلام عن الالغا كما قال لفلان
على كل درهم يلزمه درهم واحد وكذلك اذا كفل بنفقة امراة من زوجها فانه يلزمه في شهر واحد
وعندهما هو كذلك فيما لا يعلم نهايته بالاشارة اليه • فاما فيما يعلم جملته بالاشارة كما في الصبرة وغيرها
من المذروع والمعدود فيجوز ثم اذا جاز في قفيز واحد صيانة لكلامهما عن الالغا اذا الضرر يندفع بالخيار
عن المشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه اي على المشتري بخلاف البائع فانه لا خيار له وان تفرقت الصفقة
عليه ايضا لان التفرق جاء من فعله وهو الامتناع عن تسمية جملة القفزان او الكيل في المجلس فكان راضيا
به كذا في زيادات قاضي خان • **فان قيل** يشكل هذا بما اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم
اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه وله
الخيار مع تفرق الصفقة عليه • **قلنا** انما لم يجز ذلك في نصيب نفسه لعدم جواز شراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن عندنا وكان ذلك الشراء واقعا على نصيب الشريك كما لو اشترى القن بحصته ولا
خيار فيه • **فان قيل** لعل قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد
كما في شراء القن مع المدبر والتفرق انما يلزم ان لو وقع البيع في الكل ثم هو بفعل البعض وليس كذلك
ههنا على قوله وصار كانه اشترى قفيزا من صبرة ولو اشترى قفيزا منها لا خيار له فكذا هذا • **قلنا**
انصراف البيع الى الواحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فلا ينزل عالما فلا
يكون راضيا فيخير كذلك في الفوائد الظهيرية وغيرها وفيه نوع تامل • **قوله** ولذلك اذا كيل
في المجلس الى اخره اي يثبت الخيار للمشتري ايضا لكن لا للزوم تفرق الصفقة عليه بل لمعنى اخر وهو ان
حال المشتري لما انكشف عليه في المال في مقدار الواجب عليه ثمنا اذ جاز ان يكون في حدسه ان يكون
اقل من الذي ظهر بفعل الكيل بناء على ذلك الحدس والظن فلما ظهر اكثر مما ظن كان له الخيار لانه ربما لا يكون
الثمن بمقدار لهذا الذي ظهر ولا يمكنه اخذ ذلك الزائد بلا ثمن ولا يمكنه اخذ ما ظنه بدون ذلك الزائد
لتفرق الصفقة فكان له الخيار كما لو لم يره ثم راه له خيار الرؤية لانه بعد الرؤية ربما لا يعجبه فاثبت
الشارع له الخيار دفعا للضرر فكذا هذا اليه اشير في شروح الجامع • **قوله** مذارعة اي بشرط
الذرع • وفي النهاية هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يبين جملة الذرعان وقال بعته كل ذراع
بدرهم ولم يبين الثمن فهو جائز لان المبيع معلوم وجملة الثمن معلومة ببيان الذرعان والثانية ان يبين
جملة الثمن وسمى لكل ذراع درهما صار جميع الذرعان معلوما • والثالث ان لا يبين جملة المبيع ولا جملة
الثمن وقال بعته كل ذراع بكذا فهي مسئلة الكتاب متفقا وفاي في القيمة كالبطيخ والرمان والسفرجل •
والخشب والاواني لما قلنا وهو ان ازالة الجهالة بيدهما وبقولهما • وقال الشافعي ومالك واحمد
وهو قوله ينصرف الى الاول وهو معلوم • وفي المجتبى في النوازل لو قال بعت منك عنب هذا الكرم
كل وقر بكذا فان الوقر عندهم معروفا والعنب من جنس واحد يجب ان يجوز في واحد عنده • وعندهما
في الكل كما في الصبرة وان كانت اجناسا مختلفة لا يجوز عنده اصلا وعندهما يجوز في الكل كبيع القطيع
كل شاة بكذا وذكر ابو الليث الجواز في الكل متفقا في الوجه الاول وفي الثاني مختلفا وبقولهما يفتى تيسيرا
على الناس ولو اشترى سرقينا كذا زنبيلا بزنبيل لا يعرف مقداره بالارطال فهو فاسد ولو اشترى قفيزا
من صبرة او مائة من منها جاز ولو اشترى عشر شاة من مائة شاة او عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل
وكذلك الرمان ولو عزلها البائع وقبلها المشتري جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة الايجاب

وقبول وفي جمع التفاريق والبيض كالرمان قياسا واستحسانا كالقفزان وعن ابي يوسف روايتان
ولو باع هذه الشياه المائة بهذه الشياه المائة لم يجز ولو قال بعتك نصيبي من هذا الطعام روى
الحسن عن ابي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهو قول زفر والشافعي واحمد وقال
مالك ان بينه البائع يجوز • وفي المحيط شرط الكتاب لجواز العقد في الاغنام والثياب عددا ان يعلم
عددها في المجلس ولذا قال بعض مشايخنا لو علم عددها في المجلس او بعد الافتراق انقلب العقد جائزا
على كل حال وذكر المجلس في الكتاب وقع اتفاقا ولو قال بعتك نصيبي هذا فاذا هو اكثر ليس له الزيادة
قوله ان شاء اخذ الموجود بحصته الى اخره وبه قال الشافعي ومالك واحمد لتفرق الصفقة عليه
اي على المشتري لان ما زاد على الموجود ولم الزائد داخلا فيها لعدمه وقد ذكرنا ان تكرر المبيع يوجب تفريق الصفقة
وكل واحد من المتبايعين مخير في الصفقة المستانفة ان شاءا تشاركا وان شاءا تركا وان وجدها اي الصبرة
اكثر مما سمي فالزيادة للبائع لانها ملكه وما وقع العقد عليها • **قوله** والقدر ليس بوصف اعلم ان بعض
المشايخ ذكر في الفرق بين القدر وهو الاصل والوصف حدودا • **قيل** ان ما يتعيب بالتبعيض والتنقيص
فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه اصل • **وقيل** الوصف
ما بوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون بهذه المثابة •
وقيل انه ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وهذا القول والقول الثاني متقاربان فبهذا علم ان
القدر في المكيلات والموزونات اصل والذرع في المذروعات وصف لان المكيل والموزون لا يتعيب
بالتبعيض والمذروع يتعيب كما ان عشرة اقفزة حنطة مثلا لو انتقص منها قفيز يشتري الباقي منها بالثمن
الذي يخصها • اما لو انتقص من المذروع ذرع واحد من الثوب او الدار انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن
الذي كان يشترى معه • فان العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذرعا فالخمسة الزائدة على العشرة
تزيد في قيمة العشرة • وفي قيمة الخمسة ايضا وثمرة كون الذرع وصفا والقدر اصلا تظهر في مواضع
منها ما ذكر في الكتاب وهو انه اذا وجد زائدا مما سماه البائع ففي الاصل كانت الزيادة للبائع وفي
الوصف كان بكل الثمن والمعنى فيه ما ذكر في الكتاب • ومنها انه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل
الكيل والوزن اذا كان اشتراه بشرط الكيل • وفي المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة
او على انه عشرة اذرع لانه لما كان وصفا لا يلزم اختلاط المبيع بغيره فيجوز التصرف له قبل الذرع لان الكل له
سواء انقص او ازيد مما سمي بخلاف المكيل والموزون لان الزيادة اصل لا تبع فلزم الاختلاط فلا يجوز التصرف
قبل الكيل او الوزن • ومنها ان بيع الواحد بالاثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات وفي المذروعات
يجوز لان الزيادة لما كانت اصلا فيها وكانت شيئا يعتد به فلا يجوز بدون المساواة في الاموال
الربوية بخلاف الذرع فلم تعتبر زيادته مانعة لكونه تبعا اليه اشير في شروح الجامع الصغير •
وقوله والقدر ليس بوصف اشارة الى الفرق بين مسئلة الصبرة ومسئلة الثوب وفي المجتبى في شرح الطحاوي
والماخذ رد ما لا يدخل تحت الكيلين او الوزنين وما تدخل بينهما فلا يجب رده ولم يرو قدر ما يدخل بينهما
قيل نصف درهم في مائة عفو • **وقيل** ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا
نصف من • **قوله** لان الذرع وصف لما بينا من ظهور امارة الوصفية والتبعية فيه دون غيره من
زيادة القيمة بزيادته ونقصانها بنقصانه ولعدم تمكن افراده من الجملة حتى لو قطع ذراعا من ثوب
لم يجز لان المقصود من الثوب وهو اللبس والتزين لا يحصل بذراع بخلاف القفيز في الصبرة • وفي شرح
الحاوي الذرع في المذروعات جار مجرى الوصف لان اعلام المالية لا يحصل بالذرع لاختلاف المذروع في
نفسه واذا كان وصفا وزيادة الوصف في المشتري ونقصانه لا ينقص من الثمن ويوجب الخيار كالعيب

الحيوان

الحيوان الحيوان • وقوله الا انه الى اخره توضيح لكونه بمنزلة الوصف • **فان قيل** الاستدلال
بهذا على ان الذرع غير مستقيم فان الطول والعرض كما هو وصف فكذلك القلة والكثرة ايضا
وصف ويقال شيء قليل وكثير ولم يكن القفيز الزائد وصفا هنا • **قلنا** لان القلة والكثرة من حيث
الكيل والوزن كان اصلا ومن حيث الذرع كان وصفا لدخولهما تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة
بين الاصل والوصف فان زيادة قفيز واحد مثلا على العشرة يوجب زيادة قيمة العشرة مع ان صفة
القلة والكثرة حصل به لان الكثرة تحصل بكثرة الاصول بخلاف الذرع فانه زيادة توجب زيادة
قيمة لم يكن لها بدون ذلك الذرع وهذا متعارف بين التجار فكان الذرع وصفا • **قوله**
والوصف لا يقابله شيء من الثمن • **فان قيل** لو لم يقابل الوصف شيء من الثمن وجب ان لا يرجع
بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد • **قلنا** لا يقابله شيء من الثمن الا اذا صار مقصودا بالتناول
حقيقة فيما اذا باع عبدا فقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع
واما حكما بان يكون امتناع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشارع كما اذا خاط
المبيع بان كان ثوبا ثم وجد به عيبا فالوصف متى صار مقصودا باحد هذين الوجهين ياخذ قسطا
من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية كاطراف الحيوان فانه اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع
قبل التسليم لا ينتقص شيء من الثمن ولذا اشتراها فاعورت في يد المشتري ثم اراد ان يبيعها مرابحة كان له
ذلك بدون البيان على ما يجيء في باب المرابحة ان شاء الله تعالى باعه معيبا باع عبدا على انه اعمى فوجده
المشتري بصيرا اسلم له • وفي المجتبى في فتاوى النسفي وامالي قاضي خان لا تسلم له الزيادة ديانة • وفي
شرح ابي ذر والجامع الاصغر عن اسد وابي حفص وابي الليث تسترد الزيادة ديانة • وفي العمدة لو اشترى
حطبا على انه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما في الذرعان لغنمها اي الارض او المذروعات
او بالثوب على تاويل الثياب • **قوله** فالمشتري بالخيار الى اخره للشافعي فيه قولان في قول يصح العقد
وله الخيار كقولنا • وفي قول لا يصح العقد لانه اضاف العقد الى عشرة اذرع وبعض العشرة مفقود
فيصير كانه جمع بين موجود ومعدوم كذا في تتمتهم • **فان قيل** لو وجدها اقل مما سمي وجب ان يفسد
العقد عند ابي حنيفة لانه جمع بين موجود ومعدوم لانه سمى لكل ذراع ثمنا فيفسد البيع في الموجود كما
لو اشترى ثوبين هرويين فاذا احدهما مروي يفسد البيع عنده • **قلنا** الذرع وان صار اصلا بتسمية
الثمن وهو وصف حقيقة فكان اصلا من وجه دون وجه فمن حيث انه اصل لا تسلم له الزيادة الا
بعوض ومن حيث انه وصف لا يفسد فيما اذا وجدنا قاصرا كالفوات وصف اخر بخلاف تلك المسئلة لان
ثمن كل واحد من الثوبين اصل من كل وجه ولكننا مذروع وممسوح كذا في جامع قاضي خان لكنه اي
الذرع صار اصلا بافراده بذكر الثمن • **فان قيل** في المسئلة الاولى ينبغي ان يكون كل ذراع اصلا
بنفسه وان لم يقل فيه كل ذراع بدرهم لانه قابل عشرة اذرع بعشرة دراهم فمقابلة الجمع بالجمع يقتضي
انقسام الاحاد على الاحاد فيصير بسبب المقابلة كانه افرد كل ذرع بذكر الثمن بمقابلته • **قلنا**
الذرع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء المبيع كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء
من الثمن كالجمال والكتابة فلو جعلناها منقسمة عند ترك ذكر كل ذراع يلزم الغاء جهة الوصفية
من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين • **قوله** ينزل لكل
ذراع • **فان قيل** لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي ان يفسد البيع اذا وجدها زائدا كما لو قال
بعتك هذه الرزمة على انها خمسون ثوبا كل ثوب بعشرين درهما فوجدها زائدة فالبيع فاسد وكذا
لو اشترى عدلا على انه كذا ثوبا وقد ذكر هنا ان المشتري بالخيار • **قلنا** الفرق بينهما ما بينا ان

في الذرع جهة الوصفية والاصلية فمن حيث اصلا لا تسلم له الزيادة بغير عوض ومن حيث انه وصف له
يكون بعض الذرعان تابعا للبعض فلا يفسد واما بعض الثياب لا يكون تبعا للبعض فيبقى المبيع مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة لان الثياب مختلفة كذا في جامع قاضي خان • **فان قيل** لو كان الذراع اصلا على تقدير
الافراد بذكر الثمن يجب ان يمنع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة وقد جوز اخذ الجميع بحكم البيع في
هذه المسئلة • **قلنا** الفرق بينهما هو ان الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لانه يصير بعض
الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة لانها لو لم تدخل لا يفسد العقد كذا في الفوائد الظهيرية لانه اي الذرع
صار اصلا اي من وجه دون وجه اذ لو كانت اصلا من كل وجه لما دخلت كما في مسئلة الصبرة لو وجدها
زائدة فكان ههنا اصلا مع رعاية جانب الوصفية لم يكن اخذا بالمشروط كون كل ذراع بدرهم • وقالا
هو جائز وبه قال الشافعي وفي الجامع الصغير عندهما جائز اذا كانت الدار مائة ذراع ولو كانت اقل من
مائة لا يجوز بالاجماع • ولكن ذكر في جامع شمس الائمة كما في الكتاب اسم لما يذرع به وهو الخشب مثلا
واستعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه لان المبيع المحل لا الخشب فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على
المحل وما يقع عليه الذرع جزء بمعين وكان المسمى في العقد جزءا معينا وهو غير معلوم في نفسه لان جوانب
الدار والارض تختلف في الجودة والمالية فيمكن المنازعة بهذا السبب في التسليم والتسلم فيفسد العقد
كذا في المبسوط وجامع المحبوبي ومن ان محله الذراع المعين دون المشاع قال فخر الاسلام بيانه ان
الذرع فعل حسي يستدعي محلا حسيا ولا ينفعل في المحل الشرعي الا ترى ان العبد متى كان مشتركا بين اثنين
فاحدهما يتمكن من بيع نصيبه وغيره من التصرفات الشرعية ولكن لا يتمكن من ضرب نصيبه باعتبار ان
الملك شائع شرعي فيكون محلا للتصرفات الشرعية لا الحسية وذلك اي الموضع الذي يحله الذراع غير
معلوم اي مجهول موضعه وجوانب الدار تتفاوت في القيمة كما بينا فيصير موضع منها بغير عينه فاسد
كما لو اشترى ثوبا من عشرة اثواب بخلاف السهم لانه مشاع والحق المشاع في كل جزء من اجزائها فلا يفضي
الى المنازعة اليه اشير في المبسوط • **قوله** خلافا لما يقوله الخصاف فانه ذكر في هذه المسئلة ان على
قول ابي حنيفة الفساد لجهالة جملة الذرعان اما لو عرف يجوز ولا نصير بمنزلة قوله عشر الدار كما لو
باع كل شاة من القطيع بكذا فان كان عدد جملة الشياه معلوما يجوز عند ابي حنيفة وان لم يكن معلوما
لا يجوز • وذكر ابو زيد الشروطي في شرحه فالبيع فاسد على قوله وان علم جميع الذرعان وهو جواب
الجامع الصغير وهذا اصح مما قاله الخصاف كذا في المغني وجامع شمس الائمة هذا الخلاف على قولهما ثم
قال والاصح انه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فانه يمكن ان يذرع جميع الدار حتى اذا
كانت مائة ذراع علم ان المبيع عشرها • وان كانت خمسين علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما ولم
ينقل عن كذا سهما حيث لا يجوز لان تلك الجهالة تفضي الى المنازعة ولا يمكن رفعها بسهم من سهمين نصف
ومن عشرة اسهم عشرها في الذراع فان ازالة الجهالة ممكنة بان يذرع جميع الدار • واما قولهما فاسهم عشرة
اسهم غير مستقيم لما ان السهم اسم للشائع من غير ان اخذ المقدار الا ترى ان سهما من مائة سهم في مكان معين
لا يساوي سهما من عشرة اسهم وذراع من عشرة اذرع وذراع من مائة ذراع سواء اليه اشير في الفوائد
الظهيرية • ولو قال بعتك ذراعا من مائة ان عين موضعه بان قال من هذا الجانب الا ترى انه لا يميز بعد
فالعقد غير نافذ حتى لا يجبر البائع على التسليم • وقال الشافعي في الاظهر لا يصح البيع وان لم يعين فعلى قول
ابي حنيفة لا يجوز وعلى قولهما يجوز ويد دفان كانت عشرة اذرع صار شريكا بمقدار عشر الدار وبه قال
الشافعي • ولو باع سهما من دار فلم يعين موضعه ذكر الحلواني لا يجوز اجماعا وفي نسخة نفيه اختلاف
المشايخ على قولهما والاصح انه يجوز كذا في المغني • وقوله لبقاء الجهالة دليل • قوله هو الصحيح لجهالة المبيع اي

فصل الزيادة او الثمن ان في فصل النقصان وفي المبسوط بيانه انه انما يدخل في البيع العدد المسمى •
من الثياب وهو مجهول في الزيادة لانه وجب على المشتري رد الزيادة وهي مجهولة فيصير الباقي مجهولا
وفي مثله لا يجوز البيع الا ترى انه لو اشترى ثمانية في العدل خمسين ثوبا لا يتفاوت في المالية والمشتري
يطالبه بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل فيفضي الى المنازعة • وفي الاقل يفسد البيع لجهالة
الثمن لان المشتري من الثمن بمقابلة العشرة فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم كيف كان جيدا
او رديا او وسطا واختلاف صفته تختلف حصة الموجود فيفسد العقد في الموجود لجهالة ثمنه
وله الخيار اي للمشتري فيما اذا بين لكل ثوب ثمنا ان شاء اخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك لما بينا ومن المشايخ
من قال هذا قولهما • اما عند ابي حنيفة يفسد العقد فيه ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم
في صفقة واحدة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد كما لو جمع بين حر وعبد
في صفقة واحدة وسمى لكل ثمنا لا يجوز البيع في القن وعندهما يجوز وكما لو اشترى هرويين فاذا احدهما
مروي فان العقد فاسد عنده والمسئلة في الزيادات فكذا هنا وليس بصحيح اي عدم الجواز في فصل
النقصان واليه مال الامام السرخسي فقال لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود
بل قصر العقد في الموجود الا انه غلط في العدد ذكره في جامع قاضي خان • وفي الذخيرة واكثر
مشايخنا على ان ما ذكر في الكتاب قولهما • فاما على قول ابي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لان العقد
فسد في الكل لان العقد فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم في احدهما وهذا اصل ابي
حنيفة وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا واليه مال الامام الحلواني مروي بسكون الراء
وهو الهروي بفتحها منسوب الى هراة ومرو وهما قريتان بخراسان • وعن شيخ الاسلام بناء على شرط
القراءة كذا في المغرب فالفرق حاصل الفرق بينهما هو ان الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا في
عقد واحد كان ثبوت كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف فاذا انعدم
ذلك الوصف كان فاسدا بالنظر الى انعدام ذلك الوصف واما اذا كان احدهما معدوما بوصفه
وذاته لم يكن هذا داخلا في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر • وفي المجتبى لو قال
بعتك هذه الرزمة على انها عشرة اثواب بمائة درهم كل ثوب بعشرة فلو وجدها ناقصة جاز البيع
بحصته لان ثمنه معلوم ولو وجدها اكثر فالبيع فاسد لان المردود مجهول كما لو باع عشرة اثواب
من احد عشر وفي الكفاية لو لم يبين حصة كل ثوب فسد فيهما لما مر في الزيادة وفي النقصان لان ثمن
الباقي مجهول • روى النوقدي عن ابي حنيفة وفي المحيط روى قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول
ومسئلة الجامع تدل عليه وهو اذا اشترى ثوبين هرويين الى اخره فاذا فسد عنده بفوات الوصف
فبفوات الاصل اولى • وفي جامع شمس الائمة ما ذكر في المختصر قول الكل • وفي جامع الاسبيجابي
الاصح عندي ان عند ابي حنيفة يفسد العقد في الكل • وكذا اذا اشترى حنطة على انها كر فوجدها
تنقص قفيزا فسد في الباقي عنده صحيح وكذا في الجوز اذا وجد بعضها خاليا والبيض اذا وجد بعضها
مدرة يتعدى الفساد الى الباقي • وفي المحيط فان ابتعت هذه الحنطة بكذا على انها اقل من كر
فاشتراها على ذلك فوجدها اقل من كر جاز البيع الا رواية عن ابي يوسف وان وجدها كرا او اكثر
ففاسد وكذا اذا قال على انها اكثر من كر فوجدها كذلك جاز وان وجدها كرا او دونه ففاسد
ولو قال كرا او اكثر جاز كيف ما كان غير انه يخير في الاقل كما لو قال على انها كر • وعلى هذا اذا اشترى
عنبا في كرم معين على انه كذا منا وكذا في العدديات المتقاربة • **قوله** قال ابو حنيفة في الوجه
الاول وهو عشرة ونصف وفي الوجه الثاني وهو تسعة ونصف ياخذ باحد عشر ان شاء

لان نقصان نصف ذراع من احد عشر فوات الوصف اذ نصف ذراع في كل ذراع وصف فلا يسقط شي
من الثمن بمقابلته كذا في جامع العتابي • قوله خير وانما يثبت له الخيار عند محمد لئلا يلزم عليه من غير
اختياره زيادة الثمن كما في الوجه الاول او نقصان المبيع كما في الوجه الثاني فيجري عليه اي على
النصف حكم المقابلة لانه لما قابل الذراع بالدرهم فيكون نصف الذراع بنصف الدرهم ينزل كل ذراع
منزلة ثوب والثوب اذا بيع بانه كذا كذا ذراعا او بيع الذراع فوجده انقص ونصف ذراع لا يسقط
شي من الثمن ولكن يثبت له الخيار فكذا هنا • فان قيل لو نزل كل ذراع منزلة ثوب ينبغي ان يفسد
البيع كما لو باع عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو احد عشر قيل في الفرق بينهما ان في صورة العدل
الزيادة مفضية الى المنازعة لخلط المبيع بغيره ولا كذلك هنا وصل في الاصل كما بينا وانما اخذ
اي الذرع حكم المقدار وهو المكيل والموزون بالشرط بان قال كل ذراع بدرهم وهو اي الشرط معقود
بالذرع فاذا كان اقل من الذرع كاملا عاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت العشرة والنصف •
بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة هذا ذكره فخر الاسلام • وفي الذخيرة
والاصح قول ابي حنيفة لان الذرع وما دونه في حكم الصفة كما مر وانما يعتبر اصلا بمقابلة الثمن به
والمقابلة مقيدة بالذرع فعند عدمه لم تثبت جهة الاصالة فبقيت العشرة لكونها صفة فيتخير واما
الجواب عن قول محمد بان الدرهم لما قوبل بالذرع فعند عدمه لم تثبت جهة الاصالة فبقيت العشرة لكونها
صفة فيتخير • واما الجواب عن قول محمد كان نصفه ضرورة فانا نقول كون الذرع بمنزلة العين ليست
باصل بل صار اصلا باعتبار مقابلة الافراد بالافراد فاسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم وكذا اسم
الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الافراد وهو الذرع فلما انعدمت المقابلة لفظا رجع
الذراع الى اصله وهو الوصف وهذا هو الجواب عن ابي يوسف • قوله وقيل في الكرباس
الذي اي هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت كالقميص والسراويل والعمائم والاقبية
اما في الثوب الذي لا يتفاوت جوانبه لا يسلم له الزيادة لان هذه الكرباس في معنى المكيل والموزون
وان كان متصلا بعضه بالبعض لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون فلا يتمكن فيه العيب بسبب تمييز البعض
عن البعض فيعتبر كل ذراع اصلا كالقفيز وعلى هذا لو باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه
يجوز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها حيث يجوز كذا في الذخيرة • وعند الشافعي لو باع قفيزا من هذه
الصبرة يجوز كقولنا • وعن القفال من اصحابه اذا لم يعلما مبلغ قفزان الصبرة لم يصح وقد خالف نص الشافعي
كذا في الحلية لا يضره الفصل اي القطع والتمييز كالقفيز من الصبرة بيع ذراع منه اي من الثوب الذي
لا يتفاوت جوانبه وعند الشافعي يجوز اذا كان معينا • الكرباس بكسر الكاف فارسي معرب والجمع الكرابيس

فصل

لما ذكر ما ينعقد به العقد وما لا ينعقد وما يلحقهما ذكر في هذا الفصل ما يدخل في البيع
باسم الجملة وما لا يدخل وما يلحقهما • قوله ومن باع دارا الى اخره وفي المحيط الاصل ان كل ما كان في
الدار من البناء او متصلا بالبناء فيتبع للدار يدخل في بيعها كالسلم المتصل والغلق والسرب والدرج
الخشبة المتصلة به والحجر الاسود من الرحا وبه قال الشافعي ومالك واحمد ويدخل الحجر الاعلى عندنا
استحسانا وبه قال الشافعي في الاظهر ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق وفي العرف
يتبدل لان بحسب اللغة لا يتناول البناء وقد مر في الايمان ولم يدخل البناء في مسلة اليمين حتى لو دخل
العرصة بعد انهدام البناء في مسلة اليمين يحنث لان البناء وصف يقال دار معمورة ودار غير معمورة •
والوصف اذا كان داعيا الى اليمين يتقيد اليمين بذلك الوصف والا فلا وقد بيناه في الايمان والبناء
ليس بداع الى اليمين بل داع الى الدخول فلم يتقيد الدار به اذا كانت حاضرة اي معرفة فظهر الفرق •

ولا يدخل الذرع اي بالاتفاق الا ان للشافعي في صحة بيع الارض اصحهما انه يصح قولا واحدا • والثاني انه
على القولين لانه اي الزرع متصل به اي بالارض ذكر ضميرها على تاويل المكان • فان قيل يشكل على هذا
بيع جارية ولها حمل او بقرة او شاة وفي بطنهما ولد حيث يدخل الولد في البيع وان كان اتصاله بالام
للفصل مع ان بين الولد في البطن والزرع في الارض مناسبة قوية لقوله تعالى فأتوا حرثكم انى شئتم •
قلنا بين الولد والام مجانسة ولم يقدر على فصله من امه غير الله تعالى فجعل كالجزء من امه ولم يعتبر
انفصاله في ثاني الحال لوجود معنى الجزئية في الحال من كل وجه ولعدم قدرة العبد على فصله • اما
الزرع والشجر فليسا من جنس الارض وهو ظاهر فلم يمكن اعتبار معنى الجزئية حتى يكونا تبعين فبعد
ذلك ننظر ان كان اتصاله للقرار كان متصلا للحال وثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة
الاتصال لا بطريق الجنسية • وان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال يجعل منفصلا في الحال فلا
يدخل كالسلالم المنفصلة • فان قيل ينبغي ان يدخل باعتبار اتصاله في الحال لانه متصل في الحال
وانفصاله في ثاني الحال معدوم في الحال فيرجح الموجود • قلنا اتصاله ضعيف وعدمه قوي
باعتبار عدم المجانسة فيرجح الانفصال لعدم تبعيته حقيقة • وفي المحيط لم يفصل محمد بين الشجر
المثمرة وغيرها والكبيرة والصغيرة فقيل يدخل المثمرة على كل حال دون غيرها الا ان غيرها يغرس للقلع
فصار كالزرع • وقيل يدخل الكبيرة المثمرة وغيرها لا يدخل الا بالذكر لانه لا يغرس للقرار عادة
والاصح دخول الكل لان الكل متصل للقرار في الاصل • والشجرة اليابسة لا يدخل من غير شرط لانه
غير متصل للقرار في الاصل • وفي المجتبى يدخل في بيع الدار المخرج والمربط والمطبخ والبئر وبكرتها
دون الحبل والدلو الا اذا قال بمرافقها فيدخلان وبه قال الشافعي ولا يدخل الشرب والطريق
في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق ونحوها • وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان
في الاجارة والقسمة والرهن والوقف لانها تنعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونها بخلاف البيع فانه
لملك الرقبة • وعن ابي يوسف يدخل الطريق في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك انسان
اما الطريق الى الطريق الاعظم او الى سكة غير نافذة يدخل بلا ذكر • وكذا حق مسيل الماء وحق القاء
الثلج في ملك خاص لا يدخل بلا ذكر الحقوق والمرافق وبه قال الشافعي • وفي المنتقى فلم يذكر الحقوق
او المرافق لا يدخل الطريق • وللمشتري ان يرد اذا قال ظننت ان لها مفتحا الى الطريق • وفي فتاوى
قاضي خان والبستان الذي في الدار يدخل فيما يليها ومفتحها اليه لا يدخل وقيل يدخل ان صغر •
والا فلا • وقيل يحكم الثمن • وقيل ان كان اصغر من الدار يدخل والا فلا • وفي جمع البخاري
باع دارا بفنائها لم يصح كمن جمع بين حر وعبد • وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض ولو
اشترى بناء لا يدخل فيهما • وقيل والحائط والجدار سواء • وفي بيع الحانوت تدخل الالواح وان لم
يقل بمرافقه • وقيل الالواح والاغلاق تدخل وفي جمع العلوم الاغلاق تدخل • وفي جمع البخاري قدر
القصارين والصباغين واجاجين الغسالين وحوابي الرئاسين وجبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي
يدق عليه المثبتة في الارض لا تدخل وان قال بحقوقها وقدر الحمام يدخل في بيعه دون قصاعه وفي
جامع الاسبيجابي الزرع انما يدخل قبل النبات وبعد التقوم اما اذا نبت ولم يصر متقوما يدخل قبل
وكذا البذر العفن وكذا الثمر يدخل في بيع الشجر اذا لم يصر لها قيمة • وقيل يحكم الثمن فان كانت
مثل الارض والزرع والثمر يدخل تبعا والا فلا وكلما لا يكون للبقاء ولم يقطعه غاية معلومة كالاشجار
الصغار الذي يقلع في كل ثلث سنين ويباع وقوائم الخلاف واغصان التوت والقصب والورد والاس والرياحين
والزعفران والقطن والكراث كالقت لا يدخل في البيع الا بالذكر • وفي جمع التفاريق ذكر الخصاف

الحطب والقصب والطرفا وانواع الخشب انها للمشتري وفي المنتقى الشوك لمن اخذ بخلاف الحطب والاصح
ان اصول الرفس والكراث ونحوها المغيبة في الارض تدخل وتدخل الدولاب دون الدالية وجدوعها
قوله ومن باع نخلا الى آخره قال الشافعي لو باع شجرا فيها ثمرة فان كان له ثمرة تتشقق كالنخل
او نور يتفتح كالورد والياسمين فان كان قد ظهر ذلك او بعضه فالجميع للبائع وان لم يظهر منه شيء
او لم يكن مؤبرة فهو للمشتري وان كانت ثمرة بارزة كالتين والعنب او في كمام لا تزال عنه الا عند
الاكل كالرمان والرانج فهو كالبائع وان كانت ثمرته في قشرين كاللوز والجوز فهو كالتين والرمان
وبه قال مالك واحمد لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلا ان تؤبر فثمرتها
للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الولد بعد الظهور لا يتبع الام والتابير التلقيح وهو ان يشق
عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل من النخل لان النخل فحول واناث وطلع الفحول لاستصلاح الاناث
وقال ابن ابي ليلى الثمرة للمشتري بكل حال لانها متصلة بها خلقة فتكون تبعا ولنا الحديث المذكور
في المتن والدليل المعقول فيه ولم يفصل بين المؤبرة وغيرها وما رواه لا ينافي ما رويناه لانه عنى بالنخلة
المثمرة الا انه عبر بالابار عن الاثمار لان الاثمار لا يكون بدون الابار غالبا كذا في شرح الارشاد قوله
وقال الشافعي يترك يعني اذا اطلق البيع ولم يشترط القطع في الحال وبقوله قال مالك واحمد
في المغرب استحصد الزرع حان او ان يحصد فهو مستحصد بالكسر والفتح خطا وفي العادة لا يقطع
اي العادة في الثمار الابقا الى زمان الجذاذ في النخل والقطاف في العنب قلنا هنا اي في الزرع
التسليم واجب بحكم العقد لما ذكرنا ان ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجب تفريغه كما لو كان فيه متاع
ولهذا ترك تاجر وتسليم العوض وهو الاجر تسليم المعوض وهو الارض فان قيل ينبغي ان يجوز ان يستاجر
البائع الارض والشجر من المشتري الى وقت الادراك ليكون تسليم الاجرة كتسليم الارض والشجر من المشتري الى
وقت الادراك دفعا للضرر عنه قلنا كان القياس في الاجارة والبيع القطع والتسليم الا ان في
صورة البيع وجد من البائع دلالة الرضا بقطع الشجر والزرع قبل الادراك وهو اقدامه على بيع الارض
والشجر مع علمه ان المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع وتسليمه اليه فارغا عن حق الغير فلما
وجد منه دلالة الرضا بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه في الاجارة
بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع الثمر والزرع
فوجبت رعاية جانبه بتبقيه الارض على حكم ملكه بالاجارة واما العادة فغير مسلم ولئن كان مستمرا
فانهم كانوا لو حتى يستحصد الزرع يبتغون بشرط القطع كذا في تعليقات البرغري وفي مطلق بيع
النخلة يملك المشتري عينها لا ما تحتها من الارض عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الارض اصل والشجر تبع
فلا يجوز انقلاب الارض تبعا وبالقياس على ما اذا اشتراها للقطع فان الارض لا تدخل فيه بالاجماع
وبقولهما قال الشافعي في الاصح لكن قرار الارض عارية لازمة وعند محمد وفي رواية عن ابي حنيفة
وفي قول عن الشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جمع النوازل وفتاوى الصغرى هو المختار
لانه اشترى النخلة والشجرة وكل اسم للمستقر على الارض ويتحدد بذلك جذع وحطب فيدخل من الارض
ما تم به حقيقة اسمها لان دخولها بحسب الضرورة فيتقدر بقدرها قياسا على الاقرار والقسمة ثم
يدخل ما تحتها بالاجماع ثم قيل يدخل بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال
وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط فكما شرط وقوله ولا فرق الى اخره كانه رد لقول الشافعي
فان عنده غير المؤبرة للمشتري وقوله في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن فيه يدخل والصحيح
انه لا يدخل في الحالين لان بيعه يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره ولا يلزمه

عليه البناء فان بيعه يجوز منفردا مع انه يدخل في بيع الارض تبعا لان البناء للقرار فيكون جزءا من اجزاء المبيع
بخلاف الثمر فانه للفصل فلم يكن جزءا من اجزائه وفي شرح الطحاوي اشترى شجرا فانه لا يخلوا من ان يكون الثمر
موجودا وقت الشراء او اثمر بعد الشراء فلو كان موجودا لا يدخل في العقد الا بالشرط سواء اشترى
الشجر وحدها او مع الارض وعلى البائع قلع الثمر ولا يجوز تركها فلو تركها الى وقت الادراك فان تركها
باذن المشتري كان له الفضل وان تركها بغير اذنه ينظر فان تناهى عظمها ولم يبق الا النضج فتركها حتى نضجت
يطيب له ذلك لانه لم توجد الزيادة في الكيل والوزن وان لم تتناه عظمها فتركها بغير اذنه لا يطيب له
الفضل لان جواز الاجارة بالاستحسان لتعامل الناس ولا تعامل في الاشجار ولا يجب الاجر ويطيب الفضل
لان الترك حصل باذن المشتري وفي الجامع الاصغر لو استاجر البائع من المشتري الشجر ليترك الثمر لا يجوز
ولكن يعار الى ادراك الثمر فان ابى المشتري يقال للبائع ان شئت فابطل البيع وان شئت فاقطع الثمر
اما لو اثمر بعد البيع فان كان قبل القبض فالثمر للمشتري لانه نما ملكه ولو هلك بافة سماوية قبل التسليم
لا يطرح من الثمن شيء وصار كان لم يكن ولا خيار للمشتري فلو اكله البائع طرح حصته من الثمن ولا خيار له في
قول ابي حنيفة وعندهما له الخيار ان شاء اخذ الشجر بحصته الثمن وان شاء ترك كما لو كان الثمر موجودا وقت
البيع فاكله البائع ان له الخيار بالاجماع لم يدخل فيه اي في البيع لانه اي البذر مودع في الارض وفيه اتفاق
الائمة الاربعة لكن اذا علم المشتري بالبذر فيها بعد البيع له الخيار عند الشافعي وفي الذخيرة هذا اذا لم
يفسد البذر في الارض فلو فسد وعفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار بمنزلة جزء
من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال الا اذا باع مع الارض
نصا او دلالة وهو قول الشافعي وفي شرح القدوري وشرح الاسبيجابي ان الزرع انما لا يدخل في بيعها
من غير ذكر اذا لم ينبت بعد او نبت وصارت له قيمة اما لو نبت ولم تصر له قيمة فقد يدخل وقيل
لا يدخل والاول اصح وفي فتاوى الفضلي ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فهو للبائع ولو سقاه
المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل وكذا اذا نبت ولم يتقوم بعد
المشافر جمع مشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع لانهما اي الزرع والثمر ليسا منهما
اي من الحقوق والمرافق الحقوق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يكون مقصودا بنفسه
بل لاجل المبيع كالطريق والشرب للارض والمرافق ما يرتفق به ويختص بالتوابع كمسيل الماء والمقصود من الارض
والشجر الثمر والزرع فلا يكونان من حقوقهما وقوله بكل قليل وكثير ذكر على وجه المبالغة في اسقاط حق البائع
عن المبيع وما يتصل بالمبيع وقوله وان لم يكن من حقوقهما متصل بقوله ولو قال كل قليل وكثير ولم يقل من
حقوقها دخلا اي الزرع والثمر وهكذا ذكر في المبسوط والذخيرة وحاصل ذلك ان الالفاظ ثلاثة احدها
ان باع ارضا مطلقا من غير ذكر شيء منها والثاني ان باع ارضا بكل قليل وكثير مع ذكر الحقوق والمرافق
ففي هذين الوجهين لا يدخل الزرع والثمر والثالث ان باع ارضا بكل قليل وكثير منها او فيها بدون ذكر
الحقوق والمرافق يدخلان فيه قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها الى اخره لا خلاف للعلماء في بيع الثمار
بعد بدو الصلاح لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح فعندنا هو ان يامن العاهة والفساد ذكره في
المبسوط وعند الشافعي بدو الصلاح بظهور النضج ومبادي الحلاوة اما قبل بدو الصلاح اذا اشتراها
مطلقا يجوز عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما ينتفع به
بالاجماع وبشرط الترك لا يجوز به بالاجماع وبيع الثمار قبل الظهور لا يجوز بالاجماع وبعد الظهور على
ثلثة اوجه احدها ان يبيعها قبل صيرورتها منتفعا بها فان لم تصلح لتناول بني ادم وعلف الدواب فقال
شيخ الاسلام لا يجوز وذكر القدوري في شرحه والاسبيجابي انه يجوز واليه اشار محمد في كتاب الزكوة في

في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح والحيلة في ذلك ان يبيعه مع اوراقه بان يبيع الكمثرى في
اول ما يخرج من زهره مع اوراقه فيجوز في الكمثرى تبعا للاوراق ويجعل كانه ورق كله فيجوز عند
الكل • والثاني ما اذا باعه بعد ما صار منتفعا به الا انه لم تتناه عظمه فالبيع جائز اذا باع مطلقا
او بشرط القطع ولو باعه بشرط الترك فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد
المتعاقدين • والثالث اذا باعه بعد ما تناهى عظمه فالبيع جائز عند الكل اذا باعه مطلقا او
بشرط القطع ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس وهو قولهما ويجوز في الاستحسان وهو قول
محمد والشافعي ومالك واحمد ولهم نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
رواه ابن عمر وفي رواية حتى يزهي رواه انس • وفي رواية حتى تؤمن العاهة • وفي رواية حتى تنجو
من العاهة والحديث مذكور في الصحيحين ولان الثمار قبل بدو الصلاح غير منتفع بها فلا يكون مالا
فلا يرد العقد عليها ولو كان منتفعا بوجه قبل بدو الصلاح كالحصرم وهو اول العنب جاز لكن بشرط
القطع • ولنا قوله عليه السلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع وفي رواية فلا ثمرة الا ان
شرط المبتاع اي المشتري فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه • وفي الموطا عن عمرة بنت عبد
الرحمن قالت ابتاع رجل ثمر حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه فقام حتى تبين له النقصان
فسال رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف ان لا يفعل فاتى النبي عليه الصلوة والسلام فقال هو له
ولولا صحة البيع لم يرتب الاقالة عليه ولانها ثمرة تجوز بيعها بشرط القطع بالاجماع فجاز مطلقا كما لو
احمرت او اصفرت • ويتاول حديث ابن عمر ان ذلك في البيع بشرط الترك او المراد به النهي عن بيعها
بدليل عليه السلام ارايت لو اذهب الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا
اشتراه بشرط الترك او سلما او المراد ببدو الصلاح صيرورته صالحا لمنفعة ما روي انه عليه
السلام نهى عن بيع الثمار حتى تحمر او تصفر وجعل غاية الاحمرار والاصفرار على بعض الثمار الذي لا
يبدو صلاحه الا بالاحمرار والاصفرار والعنب والمشمش يصير منتفعا قبلهما فيكون المراد ببدو
الصلاح فيهما كونهما صالحين للانتفاع وفي هذا عمل بقدر الامكان كذا في المبسوط وشرح المجمع
ما رواه ابن عمر دليل لنا لانه عليه السلام علق جواز البيع الى غاية ومن حكم الغاية ان يخالف ما بعدها
ما قبلها • ومعلوم ان البيع قبل بدو الصلاح يجوز بشرط القطع بالاتفاق فقد تركنا حكم الغاية المنصوص
عليها عادلين الى ان الغاية بشرط القطع • فاما على قولنا فمعناه نهي عن بيعها مدركة قبل الادراك
ومحرمة قبل الاحمرار ورطبا قبل البلوغ لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى النبي عليه
السلام عن ذلك اي البيع حتى توجد صفته المذكورة فالظاهر معنا من وجهين احدهما بقيه ظاهر •
الغاية من غير تخصيص والثاني انا حملنا الخبر على امر معتاد بدليل انه عليه السلام نهى عن بيع العنب
حتى يسود والعنب لا يكون عنبا قبل الاسوداد فدل انه نهى عن بيعه عنبا مسودا وهو حصرم
يؤيده قوله عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وهذا لا يكون الا والعقد
وقع على الثمرة قبل بدو الصلاح ليتصور ان يمنعها الله تعالى من التمام والكمال وقد روي عدم الجواز قبل
بدو الصلاح والاول اظهر • وفي الثاني ان ثاني الحال وفي بعض النسخ وفي المال • وقد قيل
لا يجوز • وفي فتاوى قاضي خان لم يجوز عامة مشايخنا بيع الثمار قبل ان تصير منتفعة لنهيه عليه السلام
عن بيعها قبل ظهور صلاحيتها للانتفاع في الزمان الثاني وتعليله ما قال في الكتاب لانها منتفع بها
في ثاني الحال فيجوز بيعه كبيع الجحش ومولود ولد من ساعته ومهر صغير فاختار صاحب الهداية قوله
بقوله والاول اصح على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع لانه اي شرط الترك شرط لا يقتضيه

العقد

العقد وفيه نفع لاحدهما كما بينا اذ هو اي البيع بشرط الترك صفقة في صفقة وهو اي شرط الترك
الترك اعارة على تقدير ترك الارض بلا اجرة او اجارة على تقدير تركها باجرة او اعارة ان لم يجعل شيئا من
الثمن بمقابلة الترك واجارة ان جعل وادخال صفقة في صفقة منهي عنه لما قلنا وهو انه شرط لا يقتضيه
العقد او صفقة في صفقة لما قلنا وهو انه شرط لا يقتضيه البيع واستحسنه محمد وهو قول الشافعي
ومالك واحمد للعادة اي لتعامل الناس من غير نكير وبه قال الشافعي ومالك واحمد فيما بدا صلاحها
لانه شرط فيه الجزء المعدوم فاذا شرط الترك فقد شرط الاجزاء المعدومة فيفسد البيع اما لو تناهى •
عظمها فانما يتغير بكونه في وصفها لا في ذاتها فان الشمس تنضجها بتقدير الله تعالى ويأخذ اللون من القمر والطعم
من الكواكب فلم يبق فيه الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلا يفسد بشرط الترك لعدم شرط الاجزاء المعدومة
فيه ولان في البيع بشرط الترك لا يتحقق الاجارة ولا الاعارة لانهما لا يتحققان في الشجر فكان منتفعا باذن
البائع والاشتراط طلب الاذن منه ويقول محمد اخذ الطحاوي لعموم البلوى وعدم انكار السلف وذكر
ابو يوسف في المنتقى مع محمد وفي التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك ولكن الاذن
لا الاشتراط في العقد معتاد • ولو اشتراها اي الثمرة التي لم تتناه عظمها مطلقا اي عن شرط الترك والقطع
وتركها باذن البائع طاب اي الفضل له اي للمشتري بصدق بما زاد في ذاته اي يقوم قبل التناهي و
يتصدق بفضل ما بينهما من قيمته لان هذا اي ما حصل من النضج واللون بتغير حاله اي من التناهي الى النضج كما
بينا ان الشمس تنضجه الى آخره لا يتحقق زيادة اي في ذاته لان الكلام فيما اذا تناهى عظمها • وان اشتراها
اي الثمار مطلقا اي عن شرط الترك والقطع او اشتراها بشرط القطع الى وقت الادراك بان لم تتبين المدة
لعدم التعارف فاي لم يجر عرف بين الناس باستيجار الاشجار ولان الاجارة اضيفت الى غير محلها فان محلها
المنفعة دون العين فلا ينعقد كبيع الخمر والحاجة اي لعدم الحاجة لان الحاجة بها انما تعتبر ان لو لم يكن
له مخلص سوى الاستيجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها على الاشجار • وفي الفصول
لو اراد جواز اجارة الاشجار واللزوم فالحيلة فيه ان يكتب ان هذا المشتري حتى يترك الثمار على هذه
الاشجار في مدة كذا بامر لازم واجب وعسى ان يكون الثمار لرجل والاشجار لآخر وله حق الترك فيها الى وقت
الادراك فاذا ذكر هذا حمل على انه حق لازم كذا في شروط ظهير الدين المرغيناني فبقي الاذن معتبرا اي مقصودا
بلا قيد شيء فطاب له الفضل للجهالة اي لجهالة وقت الادراك اذا لم يتبين المدة فوقت الادراك قد
يتقدم اذا تعجل الحر وقد يتاخر اذا طال البرد كذا في المبسوط وفي مبسوط شيخ الاسلام الفرق ان الاجارة
في مسئلة الاشجار لم تنعقد فاسدا ولا جائزا لاضافتها الى غير محلها وهو الاشجار فانها عين والحادث
فيها عين ايضا ولا تربية للشجر في الثمر بل للارض فيهما اما الحاصل من الارض منفعة التربية فاما الزيادة
في الحب يحصل من الفصل لان الفصل للحب كالشجر للثمر فانعقدت الاجارة ولكن فسدت لجهالة المدة لما حصل •
من الزيادة بسببها كان حاصلا بسبب خبيث فكان سبيله التصدق وحقيقة الفرق بين الاذن الثابت
في ضمن الاجارة الفاسدة • والاذن الثابت في ضمن الاجارة ان الاذن في الباطلة صار مقصودا بنفسه
لان الباطل معدوم والمعدوم لا يتضمن شيئا ولا كذلك الفاسدة لانها منعقدة على ما عرف في الاصول
فامكن جعله متضمنا للاذن والمتضمن متى فسد فسد المتضمن • فان قيل بطلان المتضمن يتضمن بطلان
المتضمن ايضا فينبغي ان لا يبقى الاذن كالوكالة الثابتة في ضمن عقد الرهن يبطل ببطلان الرهن قلنا
الحال لا يخلو اما ان كان آجر الشجر عالما ببطلان الاجارة او لا • فان كان عالما فظاهر لان الاذن حينئذ
منفردا عن الاجارة وان لم يكن عالما انزل عالما لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر فكان الاذن منفردا
عن الاجارة تقديرا التعذر التمييز اي بين الثمر الذي خرج بعد البيع وبين ما كان خارجا قبل البيع ولو اشترى

ثمار بستان على ما هو العرف ويقال بالفارسية بر باغ وبعض الثمار قد خرج وبعضها لم يخرج ففي ظاهر
المذهب لا يجوز وبه قال الشافعي واحمد لتعذر التمييز اذا خرج الباقي وكان الحلوائي يفتي بجوازه في الثمار
والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويزعم انه مروي عن اصحابنا وهكذا حكي عن الفضلي وكان يقول
الموجود في هذا العقد اصل وما يحدث بعد ذلك تبع ولهذا اشترط ان يكون الخارج اكثر وبه قال مالك
وقال الامام السرخسي والاصح انه لا يجوز وفي المجتبى وعلى قياس ما ذكر في شري اغصان التوت مطلقا
او بشرط القطع جاز اخذها في اليوم وان مضى يوم فسد البيع لاختلاط غير المبيع بالمبيع وينبغي ان يكون الثمار
الذي لم يدرك وفي كل ما يزداد كذلك **قوله** يشتركان للاختلاط وفي الايضاح لو اخرج ثمرة اخرى في مدة
الادراك سواء تركه باذنه او بغير اذنه فهو للبائع فانه تولد على اصل مملوك له فان حلل له البائع جاز
وان اختلط الحادث بالموجود حيث يتعذر التمييز فلو كان قبل القبض فسد البيع لتعذر التسليم كما لو تعذر
بالهلاك • وقال المزني واكثر اصحاب الشافعي في انفساخ البيع قولان قال صاحب الحلية اصحهما انه
ينفسخ وفي تتمتهم والصحيح عدم الانفساخ ثم يقال للبائع ارضى بان تترك جميع الثمرة فان ترك يلزم البائع قبوله
حتى لا يحتاج الى الفسخ فان امتنعا يفسخ العقد بينهما لتعذر امضائه في مقداره اي مقدار ما حدث لانه اي
المبيع في يده اي يد المشتري فيكون الظاهر شاهدا له • وقال بعض اصحاب الشافعي لا ينفسخ البيع ان كان
المبيع في يد المشتري القول قوله مع يمينه • وان كان في يد البائع القول قوله مع يمينه قال صاحب التهذيب
وهو الصحيح • **قوله** والمخلص اي الحيلة في ذلك ان يشتري اشجار البطيخ والباذنجان والرطبة والزرع
والحشيش ببعض الثمن ويستاجر الارض ببعض الثمن مدة معلومة لتملك ما حدث منه وليتمكن من ابقاء
الاشجار • وفي الكبرى ثم ماذا يقدم الشراء على الاجارة • وفي الذخيرة والمغني قال ابو الليث وفيه طريق
آخر وهو ان ياذن للمشتري للترك على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد • **قوله**
خلافا لمالك فان عنده يجوز كاستثناء نخلة معينة رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو قول الطحاوي والشافعي
واحمد • وفي شرح الطحاوي باع الثمر على رؤوس النخل الا صاعا منها يجوز لان المستثنى منها معلوم كما اذا كان
الثمر مجذوذا موضوعا • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الصورتين لان الباقي بعد الاستثناء
مجهول ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة بخلاف شجرة معينة • **فان قيل** هذه جهالة
لا تفضي الى المنازعة لانهما تراضيا على اخراج مقدار معين ومثل هذه الجهالة لا تفسد البيع كما لو
باع قفيزا من هذه الصبرة • **قلنا** سلمنا انهما تراضيا لكن المشتري يطلب الاجود والبائع لا يدفع
غيره فيفضي الى المنازعة مع انه قد يحتمل ان لا يكون الثمرة الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة كما لا
يصح مثل هذا في المضاربة بان شرط رب المال والمضارب شيئا معلوما لنفسه لهذا المعنى **فان
قيل** ينبغي ان يجوز البيع على كل حال سواء بقي بعد الاستثناء شيء او لم يبق لانه ان بقي فظاهر اذ الباقي
بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما والبيع قبل الاستثناء كذلك وان لم يبق فالاستثناء باطل
فحينئذ يجوز البيع لانه صار كانه باع ولم يستثن • **قلت** في جوابه هذا باعتبار المآل اما باعتبار الحال
لا يجوز لانه لا يعرف في الحال انه هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة
كما بينا • **وقيل** رواية الحسن والطحاوي محمولة على ما اذا لم يكن الثمر منتفعا به لانه ربما يصيبه آفة
ولم يوفه الا قدر المستثنى فيتطرق فيه الضرر والغرر • **قوله** لان الاصل الى آخره اعلم ان الاستثناء انما يصح
فيما دخل تحت اللفظ قصدا ولهذا لا يصح استثناء الصفة من الموصوف كاطراف الحيوان فمتى صح افراده
بالعقد كان ذلك دليلا على انه مقصود داخل تحت اللفظ قصدا فيصح استثناؤه • **فان قيل** لو
بعت منك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه يجوز على ما ذكر من رواية شرح

الطحاوي

الطحاوي ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة بعينها لا يجوز
مع انه استثناء في الصورتين ما يجوز افراده فما الفرق • **قلنا** اصل هذا الفرق راجع الى ان الاستثناء
يقتضي ان يكون الاستثناء مقصودا كما ذكرناه ففي الصورة الاولى الشاة المعينة في الاستثناء الحقيقي
غير داخلة في البيع من الابتداء على ما هو الاصل فان الاصل ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا كذلك
الصورة الثانية وهي قوله على ان هذه الشاة المعينة فانها دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها
من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظير هذا ما لو قال بعت منك هؤلاء العبيد العشرة فانه
يصح في تسعة اعشاره • ولو بعت بكذا على ان لي عشره لا يصح هذا المعنى لكنه اشير في نوع الحصائد
لنجم الدين النسفي • **قوله** واطراف الحيوان فانه لا يجوز ان يبيع الشاة ويستثني منها جلدها او غيره لا في
حضر ولا في سفر وبه قال الشافعي وقال احمد يجوز ذلك في الرأس والاكارع لعدم الافضاء الى
المنازعة غالبا وتوقف في استثناء الشحم وعن مالك انه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه
قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها وبه قال الشافعي في القديم وقال الشافعي في الجديد لا يصح
وله في بيع الباقلاء الاخضر وجهان والمنصوص منه انه لا يجوز وهو ظاهر مذهبه وقال الاصطخري
وكثير من اصحابه يجوز وهو قولنا ومالك واحمد وكذا الجوز اي الرطب منه اما في اليابس منهما
يجوز بلا خلاف والمختار عند الشافعي جواز بيع الباقلاء الاخضر واللوز الرطب وبيع الارز في قشره يجوز
في المنصوص منه لانه مدخر في قشره فيكون كالشعير والقشر على الجوز واللوز اليابس • له انه عليه
السلام نهى عن بيع الغرر وهذا منه لانه لا يدري قدر الحب في السنابل • ولانه عليه السلام نهى عن بيع
الطعام حتى يفرك • تراب الصاغة وهو التراب الذي فيه ذرات الذهب حتى لو باعه بجنسه لا يجوز
عليه السلام لاحتمال الربوا ولا يصرف الى خلاف الجنس تحريا للجواز كما في بيع الدرهم والدينار بدرهمين
ودينارين لان التراب ليس بمال متقوم واصل قول الشافعي ان التراضي شرط في المعاوضة وتمام الرضى
انما يكون بالعلم وكونه مستورا بحائل فيكون مخلا بالتراضي ولفقد الرضا اثر في الفساد وعلى هذا ينبغي
ان لا يجوز عنده في قشره • الثاني لكن باعتبار التعامل الخ بما هو المقصود وهو المعقود عليه **ولنا**
ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي اي يحمر او يصفر وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
اي الآفة رواه مسلم في صحيحه وبما رواه علي بن معبد انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي وجاز
بيع القمح في سنبله اذا ابيض • ولانه حب منتفع فانه يدخر في سنبله قال تعالى فما حصدتم فذروه في
سنبله فيكون كالشعير وكونه منتفعا يوجب جواز البيع لانه مال متقوم وما لم يكن منتفعا به لا يجوز
بيعه لعدم التمول فيه وما رواه محمول على بيع الطير في السماء والسمك في الماء لان الغرر ما له عاقبة
مستورة هكذا ذكر في الصحاح والمبسوط او يحمل على بيعه قبل ان يشتد • وتاويل قوله عليه السلام
حتى يفرك اي صار بحال يتاتى فيه الفرك والحمل عليه اولى توفيقا بينه وبين ما روينا وجواب قياسه يترتب
الصاغة مذكور في المتن • **فان قيل** يجوز بيع النخل قبل الازهاء عندكم • **قلنا** تاويل الحديث على
هذا الاشكال بيع الثمر على النخل بشرط الترك الى ان يحمر او يصفر بدليل قوله عليه السلام ارايت لو ذهب
الله تعالى الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم الاذهاب اذا اشتراه بشرط وقبل الادراك لنماء
زاد الفقها ولان الازهاء يكون في الثمر لا في النخل او هو محمول على ما قبل الظهور عندنا او النهي يقتضي الجواز
عندنا على ما ذكر في الاصول • **فان قيل** ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا باع حب قطن في
قطن بعينه حيث لا يجوز هناك مع ان المبيع في الكل موجود في غلافه • **قلنا** اشار ابو يوسف الى
الفرق وقال لان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى انك تقول هذه حنطة وهي في سنبلها ولا تقول هذا

حتى وهو في القطن انما يقول هذا قطن وكذلك النوى في التمر كذا في الذخيرة وفيه نوع تامل وفي شرح
الطحاوي الاصل ان بيع الشيء في غلافه لا يجوز قبل الازالة الا الحنطة في سنبلها او سائر الحبوب في سنبلها •
والذهب في ترابه والفضة في ترابها خلاف جنسه من الثمن وما يكون في غلافه في اللبن في الضرع واللحم
والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلود فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في
السمسم والعصير في العنب • **قوله** يدخل فيه اي في البيع الاغلاق وهو جمع غلق وهو المغلاق وهو ما
يغلق به الباب كذا في الصحاح • وبالفارسية كليدان لانها اي الاغلاق مركبة فيها اي في الدار وكذا
المفتاح يدخل بلا خلاف • وفي الفوائد الظهيرية هذا اذا كانت الاغلاق مركبة في حيطان الدار اما اذا
كانت منفصلة لا تدخل بدون الذكر الا اذا كان شيئا جرى العرف به والعادة فيما بين الناس ان البائع
لا يضربه ولا يمنعه عن المشتري فحينئذ يدخل وان لم يذكر في البيع لانه اي المفتاح بمنزلة بعض منه اي
من الغلق اذ لا ينتفع به اي بالغلق بدونه اي بدون المفتاح ولذلك يدخل المفتاح وان كان منفصلا
من الغلق • **فان قيل** يلزم على هذا ان يدخل الطريق بدون الذكر في بيع الدار لان الانتفاع بالدار
لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل • **قلنا** شراء الدار قد يكون مقصودا للمشتري منفردا عن •
الدار وكذا المفتاح بدون الغلق فيدخل بدون الذكر كما في اجارة الدار فان الطريق يدخل بلا ذكر لان الانتفاع
مقصود في الاجارة وذا لا يتصور الا بالطريق وقد مرت المسائل في بيع الدار • **قوله** هذا اذا بيع مكايلة
وانما قيد به لانه لو باع مجازفة لا يجب على البائع اجرة الكيال لانه لا يجب عليه الكيل وكذا اجرة الوزان •
اي وزان المبيع كالتمر والدبس يجب عليه وهذا ايضا اذا باع موازنة وكذا اجرة العداد اذا كان المبيع عدديا
كالجوز والبيض او باع الغنم عددا فاجرة العد عليه وكذا اجرة الذراع عليه اذا باع مذارعة لان تسليم •
المبيع على البائع فتكون مؤنته عليه وبه قال الشافعي الا ترى انه اي النقد بعد الوزن والبائع هو المحتاج
اليه اي الى النقد ليميز اي البائع ما تعلق به حقه اي حق البائع وهو الجيد من غيره اي من غير حق البائع
وهو الردي وبه قال الشافعي في وجه سماعة عنه اي عن محمد على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد
وبه قال الشافعي في وجه • وعن محمد اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري باتفاق •
الائمة الاربعة • **قوله** ومن باع سلعة بثمن اي بالدراهم او الدنانير وغير مؤجل لانه لو باع سلعة بسلعة
او بالثمن المؤجل لا يجبر المشتري على دفع الثمن اولا وبه قال الشافعي في قول ومالك وقال في الاصح انه
يجبر البائع على تسليم المبيع اولا وبه قال احمد لانه لا يخاف هلاك الثمن وملك البائع مستقر فيه حتى يتعذر
تصرفه فيه بالحوالة والاعتياض وملك المشتري غير مستقر حتى يقبض فعلى البائع التسليم ليستقر
وقال الشافعي في قول يجبرهما الحاكم على التسليم فيامر كل واحد منهما احضار ما عليه فاذا احضرا
سلم الثمن الى البائع والمبيع الى المشتري • وفي قول لا يجبرهما ويمنعهما عن التخاصم فاذا سلم احدهما اجبر الاخر
كذا في شرح الوجيز تحقيقا للمساواة اي في المالية لان الثمن دين والدين انقص من العين في المالية ولانه
عليه السلام قال ثلاث لا يؤخرن الدين اذا وجد من يقضيه الحديث والثمن دين • **قوله** سلما اي باجماع
الائمة الاربعة • وفي المغني لو كان المبيع غائبا فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه
عقيب تسليم الثمن • وفي المجتبى لا بد من معرفة كيفية التسليم والتسلم ومكان التسليم والتخلية بين المشتري
وبين المبيع من غير مانع من قبضه قبض وبه يدخل المبيع في ضمان المشتري • قال ابن شجاع وهذا باتفاق اهل
العلم وقال الشافعي القبض في الدراهم والدنانير بينا ولها بالبراجم • وفي الثياب ونحوها بنقله •
من مكانه الى الطعام مكايلة فبالكيل وفي العقار والشجر بالتخلية لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام
في السوق حتى ينقلوه **قلنا** كانوا يبتاعونها عن تلقي الجلب بطرقها لا يشاهدونه حتى ينقلوه الى رحالهم

نهاهم عن بيعها قبل الرؤية • **ولنا** ان التخلية معنى يدخل الثمر في ضمان المشتري على رؤوس النخل بالاجماع
فكذا العروض • وفي شرح الوجيز القول الجملي في القبض ان الرجوع فيما يكون قبضا الى العادة وتختلف بحسب
اختلاف المال • وفي الغاية المحكم فيه العرف فقبض العقار التخلية وقبض المنقول النقل الى مكان
لا يختص بالبائع وبه قال احمد • وفي شرح الوجيز لو باع الشيء مع اعتبار نقله تقديرا فيه كما اذا اشترى •
ثوبا او ارضا مذارعة او متاعا موازنة او صبرة مكايلة او معدودا بالعد فلا يكفي في القبض النقل •
ولا بد مع ذلك من الذرع او الكيل او الوزن او العد • وفي المجتبى امر البائع بالقبض فلم يقبضه حتى
اخذه انسان فان امكنه قبضه من غير قيام صح التسليم والا فلا • وفي النظم امر البائع المشتري بحلق
شعر العبد او بالحجامة او بسقيه دواء او بمداواة جرحه ففعل لا يصير قابضا • ولو قبض المشتري
فوجد به عيبا ففعل هذه الاشياء لا يكون رضا • ولو امر بختان الجارية والغلام او الفصد او ربط
جرحه او قطع عرقه او كان ثوبا فقطعه او قصره او غسله او نعلا فحذوه او طعاما فطبخه
او جارية فامر ان يزوجها فزوجها ودخل بها زوجها يكون قبضا ولو لم يدخل لا يكون قبضا
ولو فعل المشتري شيئا من هذه الاشياء بعد وجدان العيب به يصير راضيا ولم يكن له الرد فيرجع
بالنقصان في هذا كله لان البائع قبل المبيع قبل حصول هذه الاشياء جاز فالعجز عن الرد من قبله
فكان عليه النقصان لان المبيع لما لم يكن مقبوضا صار فقد وجد هذه التصرفات مضافة اليه وامتنع الرد
بسببها فكان ضمان النقصان بسببها لان البائع امره وسلطه عن ولاية فكانت هذه التصرفات منه
وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير كلفة ولو باع حنطة في بيته
ودفع اليه المفتاح ليقبض فان قال خليت بينك وبينها فتسليم والا فلا سلم الدار وهما غائبان عنها
وقال المشتري قبضتها لم يصر قابضا حتى يكون قريبا بحيث يقدر على اغلاقها • وفي جامع شمس الائمة
يصح القبض وان كان العقار غائبا عند ابي حنيفة خلافا لهما ثم كل شيء اشتراه بعينه فخلاه البائع
وامر المشتري ان يطرحه في الماء ففعل فهو قابض • اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمته اليك
ففتح المشتري الباب فذهب فان امكنه اخذه بيده بلا عون كان تسليما والا فلا • وكذا في الطير •
وفي جامع شمس الائمة ان كان لا يقدر يقبضه الا مع الحبل والشر معه حبل لا يكون قبضا وعلى
هذا العون ولو كان معه حبل وعون فقبض وكذا لو اشترى سمكة من الرمال في حظيرة ولو اشترى
الرمال كلها فالتخلية بينه وبين الحظيرة تسليم حتى لو غلبته وهلكت هلكت من المشتري ولو كان في
البيت متاعه وان قل او زرعه يمنع التسليم • وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو اذن له
بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده • ولو ملك الثوب وهو في ايديهما بعد التخلية
فهو قبض عند محمد خلافا لابي يوسف • ولو اشترى دهنا ودفع قارورة ليزنه فيها فوزنه فيها •
بحضرة المشتري فهو قبض وكذلك بغيبته على الاصح • وان كان في بيت البائع وكذا سائر المكيلات •
والموزونات اذا وزنها او كالها في وعاء المشتري بامره • وفي جواهر الفقه بعد الاستعارة بعينها بغيبة
المشتري اختلاف وبعد القبض قبض ولو غصب شيئا فغيبه ثم اشتراه صار قابضا بالشراء وليس •
للبائع حبسه بالثمن بخلاف الوديعة والعارية الا اذا وصل اليه بعد التخلية اعلم ان العقد يقتضي
تسليم المبيع حيث هو وقت العقد لا في مكان العقد • **وقيل** في مكان العقد حتى لو لزم مؤنة
في احضاره يلزم البائع وبه قال الشافعي • ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد
ولو اشترى ثمارا على الاشجار فجزها على المشتري وفي الموازنة على البائع وكذا قلع الجزر والسلجم والبصل
ونحوها على المشتري الا قدر الانموذج فهو على البائع بكل حال • ولو اشترى حنطة في سفينة او بيت

اوجوالق او ثوبا في جراب فالاخراج على المشتري ولو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البائع ولو
اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالكدس والتذرية على البائع والتبن للبائع وكذا صبها في وعاء
المشتري بالعرف وصب الما من القربة عليه

باب خيار الشرط

لما ذكر احكام العلة التامة وهي العلة اسما ومعنى وحكما وهي الاصل شرع في بيان احكام العلة الناقصة
وهي العلة اسما ومعنى لا حكما وهي البيع بشرط الخيار وقدم خيار الشرط على غيره لانه يمنع ابتدا الحكم
وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم وخيار العيب لزوم الحكم ولهذا قدم خيار الرؤية عليه • وقولنا خيار
الشرط من قبيل اضافة الحكم الى سببه لانه يحصل بالشرط وحقه ان لا يثبت لما روي انه عليه السلام نهى
عن بيع وشرط ولان فيه معنى الغرر وفيه معنى القمار فلا يليق ذلك في الاثباتات لكن لما ورد النص
اظهرنا عمله في منع الحكم دون السبب تقليلا لعمله بقدر الامكان وشرط الخيار جائز باجماع الفقها والعلما
ولكن اختلفوا في مدته ويجوز للبائع وللمشتري ولهما معا ولغيرهما وفي غيرهما اصلا ان لحي وقال
سفيان الثوري وابن شبرمة يجوز للمشتري لا للبائع لانه ثبت بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص •
وهو المشتري الا اذا كان في معناه • وقلنا قوله عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام
يتناول البيع والشرا فيجوز لهما ولان بالناس حاجة اليه لدفع الغبن بالتروي وفيه يستوي البائع والمشتري
بالرفع على الابتدا والنصب على الظرفية اي في ثلثة ايام وحبان بفتح الحا والبان منقذ بالدال
فانه كان يغبن في البياعات لموضحة اصابت راسه وكان الثغ وتقول لا خرابة كذا في المبسوط والخلابة
الخداع وهو اي عدم الجواز في الاكثر قول زفر والشافعي ومالك برواية شرح المجمع ولكن ذكر في الحلية
وقال مالك شرط الخيار على حسب ما تدعو اليه الحاجة وذلك يختلف باختلاف الاموال فان كان
المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة مثلا لم يجز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم • وان كان ضيعة
لا يمكن الوقوف عليها في ثلثة ايام يجوز ان يشترط فيها اكثر من ثلثة ايام لانه شرع للحاجة الى التروي •
وقالا اي ابو يوسف ومحمد يجوز في الاكثر اذا سمى مدة معلومة طالت المدة او قصرت وبه قال احمد
لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم • التروي التامل والتفكر فصار اي شرط الخيار كالتاجيل في
الثمن فانه يجوز في قليل المدة وكثيرها وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة فكذا هذا في
المدة المذكورة وهي الثلاثة وانتفت الزيادة لان التقدير الشرعي ما يمنع الزيادة والنقصان او احدهما
وهذا التقدير لا يمنع النقصان بالاجماع فيلزم ان يمنع الزيادة والا لم يبق في هذا التقدير فائدة وفي
شرح المجمع وانما جاز فيما دونها ضرورة كونها من اجزاء الثلاثة ولا يجوز في الزيادة بالنافي اي القياس •
وهو عدم جواز البيع مع تراخي الحكم للزوم تراخي المسبب عن السبب السالم عن معارض النص والمعنى ان
الخيار شرع لدفع الغبن وذا يحصل بالثلاثة فيقتصر عليها والجواب عن حديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى
الراد خيار الرؤية والعيب فانه اجاز خيار الرؤية بعد شهرين فلا يجوز التمسك به مع ان هذه حكاية
حال ولا عموم له • وعن قوله عليه السلام المسلمون الحديث ان ذلك في المواعيد او شرط يصح شرعا •
وعن القياس بالتاجيل ان التاجيل يشترط للقدرة على الادا والقدرة عليه يكون بالكسب والكسب
في كل مدة لا يثبت له القدرة عليه فلا بد من مدة طويلة كذا في الجامع الصغير لصدر الاسلام
وشرح القدوري والمبسوط خلافا لزفر وبقوله قال الشافعي انه اي العقد فلا ينقلب جائزا كما اذا باع
الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد وكما لو نكح امراة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا نحكم
بصحة نكاح الخامسة • وكما لو اشترى عبدا بالف وبرطل من خمر ثم ابطل الخمر فانه لا يعود الى الجواز •
لان البقا على وفق الثبوت وله اي لابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع

قبل تقرره اي لزومه وثبوته لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جايزا لان شرط الخيار غير مفسد للعقد بنفسه
وانما المفسد وصل الخيار باليوم الرابع وهو تعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فاذا اسقطه فقد تحقق الانفصال
وزال المعنى المفسد فصار كان لم يكن فبقي العقد صحيحا • اما اذا مضى جزء من اليوم الرابع فقد تحقق الاتصال
في ذلك الجزء على وجه لا يمكن فصله بالاسقاط لان عمل الاسقاط فيما بقي لا في ما استوفي فلهذا لا ينقلب
العقد صحيحا باختياره ويستوفي ذكرنا ان يكون الخيار للبائع او للمشتري كذا في جامع شمس الايمة ثم اختلف
مشايخنا في هذا العقد في الابتدا على قول ابي حنيفة فقال مشايخ العراق ينعقد فاسدا بحكم الظاهر •
اذ الظاهر دوامهما على الشرط حكما بفساد العقد فاذا اسقطه قبل مجيء اليوم الرابع تبين الامر على خلاف
الظاهر فينقلب صحيحا • وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي انه موقوف وبالاسقاط ينعقد صحيحا
واذا مضى يوم من الجزء الرابع فسد العقد الان وهو الاوجه كذا في الفوايد الظهيرية والدخيرة وذكر •
الكرخي نصا عن ابي حنيفة ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان
لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ في العقد الموقوف ولو اجاز من له الخيار تم العقد كذا في الايضاح واما
الجواب عن المسايل المقيسة عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن رفعه • وفي
مسئلتنا وقع الفساد في شرطه فامكن رفعه • وعلى قول مشايخ خراسان نفس الخيار غير مفسد بل
فساده موقوف الى مضي جزء من اليوم الرابع بخلاف تلك المسايل فان المفسد ثابت في الحال • الرقم في
الاصل الكتابة والختم والتاجر برقم الثياب اي يعلمها بان ثمنها كذا كذا في المغرب • وهذا اي القول بالعقد
فاسدا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط انما يستقيم على الوجه اي التعليل الاول وهو قوله اسقط المفسد
الى اخره • اما على التعليل الثاني وهو قوله لان الفساد الى اخره لا يستقيم لانه لم ينعقد فاسدا فلم يمكن ارتفاع
الفساد بحذف الشرط وعلى هذا الخلاف لو اشترى باجل مجهول ثم اسقط الاجل فعندنا يعود الى الجواز •
وعند زفر والشافعي لا يعود وقد مر الوجه • وفي المحيط لو شرط الخيار ابدا او مطلقا او موقتا بوقت مجهول
فسد بالاجماع خلافا لاحمد ومالك واما في اربعة ايام ونحوها كذلك عند ابي حنيفة وزفر والشافعي
وهو الاصح • ولو كان الخيار الى قدوم فلان او الى هبوب الريح فاسقطاه لم يجز البيع عند ابي يوسف
في الشهر وله الخيار بعده يوما كذا في المجتبى • **قوله** ومن اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اخره ويسمى هذا
خيار النقد والقياس يابي جوازه وبه اخذ زفر والشافعي ومالك واحمد لانه شرط لا يقتضيه العقد
وهو شرط الفسخ متى لم ينقد الثمن ثلثة ايام فكان هذا اقالة معلقة بعدم نقد الثمن فلا يجوز كما لو باع بشرط
الاقالة ولان هذا تعليق الاقالة بالشرط فلا يجوز كتعليق البيع وليس هذا كشرط الخيار فان فيه يتم البيع
بمضي المدة وههنا ينفسخ البيع عند مضي المدة اذا لم ينقد الثمن ولكنا تركنا القياس بحديث ابن عمر فانه باع
ناقة بهذا الشرط • وقول الواحد من فقها الصحابة مقدم على القياس ولم يوجد عن غيره خلاف فحل
محل الاجماع ان هذا اي خيار النقد في معنى اشتراط الخيار اي خيار الشرط لانه كما يحتاج الى التروي في
الثمن بل يصير منقودا ام لا فكان هذا مغاير الخيار الشرط من حيث الصورة لان ثمة يحتاج الى فسخ العقد
وههنا لا يحتاج الى الفسخ بل ينفسخ اذ لم ينقد ولكن من حيث المعنى هما شيان لان في باب الخيار يتعلق بثبوت الملك
بمضي الثلث وههنا يتعلق الفسخ بمضي الثلث قبل النقد فصح الاستدلال كذا في الايضاح • **فان قيل**
لا نسلم ان هذا الشرط في معنى اشتراط الخيار بل هذا على خلاف ذلك كيف والحال ان هناك لو سكت حتى مضت
المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة يبطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار جائز بالنص على
خلاف القياس فلا يلحق به غيره الا اذا كان في معناه من كل وجه وبما ذكرنا علم انه ليس في معناه من كل
وجه فلا يلحق به • **قلنا** الاعتبار في كون الشي بمعنى شي اخر لما هو المقصود فيهما لا للمعنى الذي ثم هذا

هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لان في شرط الخيار يحتاج الى التروي في المبيع وهنا الى التروي
في الثمن كما ذكرنا فيكون في معناه من كل وجه من حيث المقصود فيلحق به اليه اشير في المبسوط والايضاح
الباطلة الدافعة • وقوله في الفسخ متعلق بالمماطلة يعني ادرای انك اخترت كذا از دادار كردن
فسخ بيع اي لاجل هذا المعنى مست الحاجة الى الانفساخ عند عدم النقد في ثلثة ايام فكان في معناه
من هذا الوجه • **فان قيل** هذه الضرورة تنقضي باشتراط الخيار لنفسه لانه ان لم ينقد الثمن في ثلثة
ايام تفسخ العقد حتى يجوز بيعه بلا خلاف احد • **قلنا** لا يصح هذا لان الضرورة باقية فانه لا يملك
الفسخ على قول ابي حنيفة ومحمد الا بحضرته وعسى لا يقدر على الفسخ بحضرته اليه اشير في جامع صدر
الاسلام في الملحق به وهو خيار الشرط ونفي الزيادة على الثلث فكذا في الملحق وهو خيار الشرط النقد وكذا
محمد اي من محمد في تجويز الزيادة فيهما على اصله وابو يوسف يحتاج الى الفرق وفرقه ان القياس يابى
جواز هذه الزيادة في كلا الصورتين الا ان في الاصل وهو شرط الخيار جاء الاثر وهو حديث ابن عمر
وفي هذا اي في خيار النقد في الزيادة بالقياس اي اخذنا بالقياس يعني النص مقيد بالثلاث في خيار
النقد وما ورد النص في خيار النقد في الزيادة فيلحق خيار النقد بخيار الشرط دلالة والنص ورد
في خيار الشرط في الزيادة دون خيار النقد اليه اشير في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وفي جامع
الاسبيجابي فابو يوسف مضطرب في رواية مع ابي حنيفة وفي رواية مع محمد وروى الحسن بن مالك
انه رجع عنه وقال يجوز كما قال محمد وفي شرح المجمع والاصح انه يوافق الامام لتعلقها اي لتعلق الاقالة
بالشرط وهو عدم النقد • الصحيح منها اي من الاقالة فيه اي في العقد يعني اشتراط الاقالة الصحيحة
في البيع بان قال بعتك هذا بشرط ان تقبل البيع مفسد له وفيما نحن بصدده البيع معلق بالاقالة المعلقة
وهي فاسدة فاولى ان يفسد البيع ما بينا وهو قوله ان هذا في معنى اشتراط الخيار الى اخره • قال القاضي
الامام ظهير الدين في فوائده هنا مسئلة لا بد من حفظها وهو انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام يفسد
البيع ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البايع لا ينفذ ثم لو
كان هذا الشرط للبايع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البايع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع
بهذا الشرط ويصير بمنزلة خيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه
المشتري لا ينفذ عتقه ولو اعتقه البايع ينفذ • وفي المجتبى لو قال احدهما بعد البيع جعلتك بالخيار
ثلثة ايام صح بالاجماع ولو زاد او اطلق فسد البيع عند ابي حنيفة وزفر والشافعي كالشرط الفاسد
الملحق بالبيع الصحيح • وقال ابو يوسف ومحمد واحمد يجوز كما في شرط الخيار • ولو قال البايع خذه وانظر
اليه اليوم فان رضيته اخذته بعشرة فهو خيار • باع بالخيار على ان له ان يغله ويستخدمه جاز وهو
على خياره وعلى ان ياكل من ثمره لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن **قوله** وخيار البايع الى اخره في المبسوط
لا خلاف بين اصحابنا ان البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه لان العين لا يخرج عن ملكه
بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه به والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق ولهذا
لو اعتقه المشتري قبل ذلك لا ينفذ عتقه الا ان المسبب المنعقد في الاصل يسري الى الزوايد وحاصله
ان الشرط منع الحكم لا السبب في التمليكات فمنع الرضا خروج المبيع عن ملكه فلا يخرج كما في الاكراه وكذا
الحكم اذا كان الخيار لهما جميعا لم يخرج المبيع عن ملك البايع والثمن عن ملك المشتري بالاجماع وللشافعي
فيه ثلاثة اقوال • احدها كقولنا وبه قال مالك • والثاني انه ينتقل الملك عنه بنفس العقد وبه قال
احمد لان البيع قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك كخيار العيب اذ به تستحق الفسخ
وليس من ضرورته امتناع الملك وفي الغاية وهو الاصح • والثالث انه موقوف مراعي فان امضى البيع تبين

ان الملك قد انتقل بنفس العقد وان فسخ تبين انه لم ينتقل ووجهه ان البيع يقتضي ازالة الملك الا انه لما
شرط الخيار لم يرض بزوال ملكه وقد صح شرطه فجعلنا الملك موقوفا على ظهور الحال • ومن اصحابه من
قال ليس في المسئلة ثلثة اقوال ولكنها على ثلثة احوال فان الخيار للبايع • وان كان للمشتري فالملك
للمشتري وان كان لهما فالملك موقوف كذا في التتمة من التتمة والحلية وشرح الوجيز وجه قولنا ما
نقلناه من المبسوط • وفي الايضاح اذا دخل الخيار في العقد وحكم العقد معناه فمتى امتنع الحكم ظهر
اثر الخيار في العقد • فاما الفسخ فليس من العقد في شيء وهو غير مذكور فكان اعماله في المذكور
اولى هذا السبب وهو البيع بالمراضاة قال تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تتم اي المراضاة
مع الخيار ضمنه بالقيمة • وبه قال الشافعي في الوجه المشهور ومالك وفي وجه ضمنه بالثمن وهو قياس
قول احمد • وقال ابن ابي ليلى لا يضمنه لانه قبضه باذن المالك فيكون امينا فلا ضمان عليه • وقلنا
البايع ما رضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مقبوضا بالقيمة كالمقبوض على سوم
الشراء وهذا لان الضمان الاصلي القيمة • وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك لوجود
شرط الخيار للبايع فبقي الضمان الاصلي كذا في المبسوط • **قوله** ولهذا ينفذ عتقه دليل عدم الخروج
عن ملكه • **فان قيل** ينبغي ان لا يدخل الشرط في الحكم ايضا ويؤثر في اللزوم كما قال الشافعي
في احد اقواله لانه ادنى • **قلنا** الاجماع منعقد على ان الشرط يدخل على السبب او الحكم فلو لم
يدخل على الحكم هنا لم يبق له فائدة لان عدم لزوم البيع بدونه ثابت ولهذا يرد بالعيب بالاجماع
وفيه اي في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا وان كان مثليا يضمن مثله • وفي
التتمة المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى انه اذا قال اذهب بهذا
الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك في يده لا يضمن • ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة
فذهب به فهلك في يده يضمن قيمته وعليه الفتوى بالصحيح المطلق عن الخيار وهو بيع البات فان
المبيع فيه لو هلك في يد البايع ينفسخ البيع فكذا في هذا • **فان قيل** ما فائدة قيده بالصحة مع
ان الحكم في الفاسد كذلك • **قلنا** انما قيد به لان الاصل في الصحيح والفاسد ياخذ الحكم
عنه تبعا فذكر الاصل لهذا او حملا لامر المسلم على ما هو الا ليق به اذ الصحيح الليق به دون الفاسد
كذا قيل • وفي المجتبى في المحيط يخرج الثمن عن ملك المشتري في هذه الصورة اجماعا الا انه لا يدخل
في ملك البايع عند ابي حنيفة خلافا لهما • **قوله** وخيار المشتري لا يمنع الى اخره وهذا بالاتفاق
لان البيع في جانب البايع لازم لتمام الرضا منه • وللشافعي فيه ثلثة اقوال كما ذكرنا اذا كان الخيار
للبايع او لهما • وقالا اي ابو يوسف ومحمد يملكه وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد ولا عهد
لنا به اي لا علم لنا به في الشرع يعني غير معهود في شريعتنا فتصير كالسائبة • **فان قيل** يشكل
على هذا ما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة ونحو خدمتها فانه يخرج عن ملك البايع
ولا يدخل في ملك المشتري ذكره في الفوائد الظهيرية والجامع لقاضي خان • **قلنا** قولنا غير معهود
في الشرع اي في باب التجارة وما ذكره ليس من التجارة بل هو ملحق بالاوقاف وحكم الاوقاف كذلك
وفي الايضاح الخيار يعمل فيما على المشتري لا فيما له لان نفي الضرر في دفع ما عليه لا فيما له البدلان
اي الثمن والمثمن وقوله حكما للمعاوضة احتراز عن ضمان غصب المدبر فان الضمان يجب على الغاصب
ولا يخرج المدبر عن ملك مولاه فيجتمع البدلان في ملكه لان ذلك ضمان جنايته لا ضمان معاوضة **وقيل**
احتراز عن حكم الهبة فانه يجوز ان يجتمعا بحكم الهبة • واما قوله لا عهد لنا به في الشرع يشكل بالتركة
المستغرقة بالدين فانه يخرج عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة ولا الغريم وبالاوقاف • واما

قوله تتصير كالسائبة فليس كذلك لان السائبة ثمة لا مالك له ابتداء • اما ههنا موقوف الى مضي المدة
ثم يصير مملوكا لاحدهما • **فان قيل** لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي ان لا يكون له حق الشفعة بالاجماع
قلنا انما يستحق الشفعة بدار السكنى لانه بشرائها صار احق بها تصرفا لا لانه ملكها بمنزلة عبد المأذون
اذا بيعت دار بجنبه فانه يستحق الشفعة بهذا المعنى وان لم يثبت له الملك ولهذا الوا عتقه لانه صار احق
بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط للخيار كذا في المبسوط • **قوله** فان هلك اي المبيع في
يده اي في يد المشتري هلك بالثمن وقال زفر والشافعي في قول يهلك بالقيمة كخيار البائع
وقلنا لما اشرف على الهلاك فقد عجز عن الرد فيتم العقد وبطل خياره فوجب الثمن كما ذكرنا في المتن دخله
عيب اي دخل المبيع عيب والعقد قد انبرم اي تم لان موجب خيار المشتري الرد حرا ولا يبقى بعد حدوث
العيب فيتم العقد فيجب الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لم يسقط خياره وان اشرف على الهلاك
لانه لم يعجز عن التصرف فيه بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق
للبيع وكذا اذا حدث عيب به في يد المشتري فان البائع لو رضي بالاسترداد حيزا تمكن منه نعلم بان العقد
موقوف كما كان فيلزمه القيمة • **وقيل** في جانب ابي حنيفة ان الخيار الثابت للمشتري هو ما كان
ثابتا له قبل العقد وانما اضيف للشرط باعتبار انه مستند الى ما بعد العقد اذ لولاه لعمل العقد •
عمله وحكم العقد ثبوت الملك للمشتري مضمونا عليه بالثمن وهذه الجملة معدومة قبل العقد •
فكذا بعده ما دام الخيار ثابتا وهذا كالاستثناء فان عمله الابقاء على العدم الاصلي واذا ثبت ذلك
لم يمكن التفصيل بين المبيع والثمن على ان الغرض من شرط الخيار وان كان هو الحاجة لكن هذا
الامتياز بين حكمي المبيع والثمن انما يصح ان لو كان انتفاء حكم العقد في جانب المشتري من الشرط ليتقدر
بقدره • واما اذا كان الانتفاء بحكم العدم الاصلي لم يمكن التمييز لاستحالة انتفاء حكم العقد بالعدم
الاصلي في جانبه حتى لا يلزمه الثمن بهذا العقد في زمان لا ينتفي فيه حكم لعينه في هذا في عيب لا يرتفع
في مدة الخيار كقطع اليد • واما لو كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في المدة
فله الفسخ بعد ارتفاعه ولو لم يرتفع بعد مضي المدة لزم العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح • وعن
ابي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان لانه اي خصلة وهي النقصان اذا حصل في
يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره ان شاء رده وان شاء اجاز البيع واخذ من البائع الارش •
وفي زيادة متصلة متولدة من المبيع كالحسن والجمال وغيرهما يبطل خياره وينفذ البيع في قول
ابي حنيفة وابي يوسف لان الفسخ رد البيع كما قبض وقد عجز عن رده كما قبض فيبطل خياره وينفذ •
البيع • وقال محمد لا يمنع الرد وهو على خياره لانه يرده كما قبض مع زيادة فلو كانت الزيادة متصلة •
غير متولدة منه كالصبغ والخياطة وغيرهما لا يمنع الرد بالاجماع • ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة •
منه كالولد والارش والعقر والثمر واللبن والصوف يمنع الرد ويبطل الخيار وينفذ العقد • ولو
كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والغلة والصدقة والهبة فلا يمنع الرد وهو على خياره الا
انه اذا اختار البيع فالزوائد له مع الاصل ولو اختار الرد يرد الاصل مع الزوائد عند ابي حنيفة وعندهما
يرد الاصل دون الزوائد هذا اذا تعيب المبيع والخيار للمشتري اما لو تعيب في يد المشتري والخيار للبائع
كان للبائع ان يلزمه البيع وان شاء فسخ البيع وضمنه ما انتقص لان العيب لا يمنع الفسخ في هذه الصورة
لما ذكرنا • اما لو تعيب في يد البائع والخيار له فهو على خياره واذا اجاز البيع خير المشتري فيه وان كان
العيب بفعل البائع انتقض البيع فيه لان ما حدث بفعل البائع يكون مضمونا عليه وتسقط حصته من الثمن •
فلو بقي الخيار لتفرقت الصفقة على المشتري فيتضمن بنقيصته نقض العقد من هذا الوجه كذا في الايضاح

وقوله حكما لخيار البائع تعليل للرد لا لعدم الامتناع بل هو داخل تحت النفي كذا قاله شيخي رحمه الله وكان يقول
بالفارسية ردي كه حكم بايع بود ممتنع نمي شود وهذه التفريعات المذكورة تخرج على مذهب الشافعي
على اقواله الثلاثة في الخيار وفي شرح المجمع تفريع على مذهبه اذا تلف المبيع بآفة سماوية في زمن الخيار
نظر ان كان قبل القبض ينفسخ العقد وان كان بعده • **وقلنا** الملك للبائع انفسخ ايضا فيسترد
الثمن ويغرم للبائع القيمة • **وان قلنا** الملك للمشتري او موقوف فوجهان او قولان احدهما الفسخ ايضا
لحصول الهلاك قبل استقرار العقد واصحهما انه لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ولا اثر لولاية
الفسخ كما في خيار العيب • **فان قلنا** بالانفساخ فعلى المشتري القيمة • **وان قلنا** بعدم الانفساخ
فهل ينقطع الخيار وجهان احدهما نعم كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع وتخالف الرد بالرد لان الضرر
ثم يندفع بالارش • **فان قلنا** بالاول استقر العقد ولزم الثمن • **وان قلنا** بالثاني فان تم العقد
لزم الثمن والا وجبت القيمة على المشتري واسترد الثمن هذا الحصيلة وقد عرف مواضع الخلاف على
التحقيق • **قوله** ومن اشترى الى آخره لما بين الاختلاف في المسئلة بوجوهه شرع في بيان فائدة الخلاف
فبدا بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرا وثيبا في انه يكون مختارا
للبيع بالوطي بالاجماع سواء نقصه الوطي او لا وان وطئها اي اذا كانت ثيبا ولم ينقصها الوطي حتى لو
نقصها ليس له الرد وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي لان الوطي ينقصها فصار
بمنزلة احتباس جزء منها • **فان قيل** رضي بالنقصان لانه لما زوجها فقد مكنها على الوطي واذا ثبت
الخيار فقد تمكن من الرد فيكون راضيا بالنقصان • **قلنا** لا نسلم ان الرضا باق بعد ما باعها بل لا
نفي وللشافعي في حل وطئها وجهان احدهما يجوز • والثاني لا يجوز وهو نصه وفي انفساخ نكاحها
وجهان احدهما ينفسخ والثاني لا ينفسخ وهو ظاهر نصه • اما لو كان المبيع غير امرأته لم يحل للمشتري
وطئها على الاقوال كلها ويحل للبائع وطئها على الاقوال كلها • وقال احمد لا يحل للبائع ايضا
اخوات اي نظائر وعدمه اي عدم الملك منها اي من الاخوات قريبا له اي للمشتري فان لا يعتق عنده
خلافا لهما • وعند الشافعي يعتق اذا قال ملكه المشتري ان اشتريت عبدا فاشتراه بالخيار يعتق بالاجماع
اما عندهما فظاهر لوجود الملك والشراء • واما عنده فان المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولوادى
العتق بعد شرائه بالخيار ينفذ عتقه فكذا هذا كذا في شرح الطحاوي وهو معنى قوله كالمنشئ جميع •
ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة وحيث لا يقع عنها بالنية
فان قيل قلنا انما جعلناه كالمنشئ لتصحيح قوله فهو حر وليس من ضرورة صحة تحريره وقوعه عن
الكفارة ولان استحقاق الحرية قد ثبت له وقت اليمين فصار كما اعتق المدبر ناويا عن الكفارة فانه
يعتق ولا ينوب عنها لثبوت استحقاق الحرية قبله • اما لو حلف وقال ان ملكت عبدا فهو حر فاشتراه
بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما • ومنها حيض الجارية في مدة الخيار لا يجزئه عن الاستبراء لو اجاز المشتري
المبيع عنده خلافا لهما وهو ظاهر نص الشافعي • ولو فسخ المشتري البيع وعادت الى البائع لا يجب على
البائع الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا فسخ بعد القبض قياسا واستحسانا لثبوت الملك وتوهم الشغل
ولو فسخ قبل القبض وجب قياسا لحدوث الملك ولم يجب استحسانا لعدم تجدد الملك من قبل وعدم
توهم الشغل كذا في جامع قاضي خان والفوائد • وقال الشافعي ان قلنا ان الملك في الخيار لم يعتد
بهذه الحيضة من الاستبراء بعد الاجازة وان قلنا ان الملك للمشتري فيه وجهان احدهما انه يعتد
بها من الاستبراء كما قالا • والثاني لا يعتد وهو ظاهر نص الشافعي كذا في كتبهم • ومنها اذا ولدت
المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ولا يبطل خياره عنده خلافا لهما

اذا ولدت قبل القبض فانه ذكر في المبسوط ولو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت
بالولادة وتصير ام ولد له بالاجماع بهذا دليل على ان ما ذكر في المتن مأول بما اذا كانت الولادة قبل
القبض وعند الشافعي تصير ام ولد له على احد القولين فهلك في يده اي في يد البايع في مدة الخيار او بعد مضيها
يبطل البيع ويهلك من البايع لا من المشتري لانه لما لم يملكه ارتفع قبضه بالايداع من حيث ان البايع
لا يصلح مودعا لما ملك نفسه وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما تملك من المشتري لصحة الايداع
وكان هلاكه في يده كهلاكه في يد المشتري وعند الشافعي كما قال ابو حنيفة ان قال ان الملك للبايع
وان قال ان الملك للمشتري فكما قالا • قوله عبدا ماذونا له اي اذن له في التجارة فاشترى شيئا في التجارة
على انه بالخيار فابراه البايع عن الثمن قبل سقوط الخيار صح الابرا استحسانا وفي القياس لا يصح ابراؤه •
لان الثمن لم يخرج عن ملكه فيكون ابرا عما لا يملكه • وجه الاستحسان انه حصل الابرا بعد وجود سبب
الملك وهو العقد فصار كالابرا الغاصب عن الضمان عند قيام العين ولا يبطل خياره عنده ان شا
اجاز البيع واخذ المبيع بغير ثمن وان شا فسخ • وعندهما يبطل خياره لانه ملك المبيع عندهما فلو رده على
البايع لرده بغير ثمن فيكون تبرعا والعبد الماذون لا يملك التبرع فاذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة
وعنده لما لم يملكه كان الرد بحكم الفسخ امتناعا عن التملك والعبد الماذون يملكه كما يملك الامتناع
عن التملك **قوله** اشترى ذمي الى آخره ذكر خيار المشتري واشار الى انه اذا كان الخيار للبايع واسلم
البايع يبطل البيع بالاجماع وذكر الامام التمرتاشي مسايل على هذا الاصل • منها اذا اشترى مسلم من مسلم
عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم • ومنها اذا كان للمشتري دارا وهو ساكنها
باجارة او اعارة فاستدام السكنى بعد الشرط • قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وابتدا السكنى
اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى • وقال شيخ الاسلام خواهرزاده استدامة السكنى اختيار عندهما
لانه تملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة • ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه
ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البايع • وقالا لزم المشتري ولو كان الخيار للبايع
ينتقض بالاجماع • ولو كان الخيار للمشتري فاحرم البايع للمشتري ان يرده • **قوله** ومن شرط له الخيار
كلمة من عامة يتناول البايع والمشتري والاجنبي والكل سوا • وان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز اي
باجماع الفقها وان فسخ اي من له الخيار لم يجز وكذا الخلاف في خيار الرؤية وهو قول مالك ولا خلاف في
خيار العيب بانه لا يملك ثم الفسخ باحد الامرين بالقول بان يقول فسخت في المدة او رددت البيع وغيرهما
مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ لا يجوز الا بحضرة صاحبه وبحضرته لا يحتاج الى القضا • واما الفسخ
بالفعل فهو ان يتصرف في المدة تصرف الملاك كالعتق وغيره والوطي والبيع وما اشبه ذلك فان
العقد ينفسخ حكما سوا كان بحضرة صاحبه او لا كذا في المحيط • وفي شرح الطحاوي يثبت الفسخ ضمنا
جواز تصرفه لا قصدا وهو الشافعي وزفر ومالك واحمد ايضا بالحضرة وعنه اي عن العلم يعني اراد به
العلم على المسبب كنه اي لابي يوسف انه اي من له الخيار من جهة صاحبه وهو الذي لا خيار له على علمه اي علم
صاحبه كالاجازة فان فيها لا يشترط العلم بالاجماع • وصار اي من له الخيار كالوكيل فان للوكيل ان يتصرف
فيما وكل به وان كان الموكل غايبا لانه مسلط على البيع من جهته فكذا ههنا ولهما انه اي الفسخ تصرف
ممن له الخيار في حق الغير وهو من ليس له الخيار وهو اي الحق العقد بالرفع اي برفعه وهو اي الفسخ لا
يعرى اي لا يخلو عن المضرة لانه اي الغير الذي ليس له الخيار كعزل الوكيل يعني بالفسخ يلزم حقا غيره فلا يثبت
تصرفه في حق غيره ما لم تعلم به كالوكيل اذا عزل نفسه قصدا حال غيبته لا يثبت حكم عزله ما لم يعلم به كيلا
يتضرر بلزوم الثمن فيما اذا كان وكيلا بالشرا ويبطلان قوله فيما اذا كان وكيلا بالبيع كذا في الاسرار •

نسخه ان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ يرتفع الانعقاد في حق الآخر وتاثيره اذا صاحبه لا يتمكن من العمل
بموجب الفسخ اذا لم يعلم به كما في خطابات الشرع مع ان الفسخ لا يعرى عن المضرة لان الغير الذي ليس له الخيار •
ان كان بايعا لا يطلب لسلعته مشتريا اخر اتكالا على تمام البيع بانقضا المدة فيتضرر ولم يصل الى مرامه
من ضرر السلعة وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري بدون علمه والمشتري وان كان يتضرر بامتناع الفسخ
ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البايع بل بعجز المشتري عن ايجاد صحة الفسخ وان كان من ليس له الخيار مشتريا
والخيار للبايع ويتصرف المشتري بعد المدة بنا على انه لزم البيع بمضيها والحال انه قد فسخ البايع البيع
قبل مضيها من غير علم المشتري يجب على المشتري القيمة حينئذ على تقدير الهلاك ومن الجايز ان تكون القيمة
اكثر من الثمن فيتضرر بلزوم زيادة قيمة لم يلتزمها • **فان قيل** لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو
ايضا لانه يمكن ان يختفي الذي ليس له الخيار شخصه حتى تمضي المدة فيلزم العقد شا من له الخيار او ابى فيتضرر
بلزوم البيع • **قلنا** هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره باخذ الكفيل لا من صاحبه فكان
ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفيه نوع تامل • **فان قيل** لا يخفى بنفسه ظاهرا لانه امين حيث ائتمنه
الخيار لصاحبه على انا نقول اذا اختفى من ليس له الخيار يلزم الضرر على صاحب الخيار بعجزه عن احضاره لا
بالاختفا • **قوله** ولا نقول بانه اي من له الخيار مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه وهو الذي لا خيار
له لا يملك الفسخ للزوم العقد من جانبه فكيف يملك تسليطه عليه وانما تمكن من له الخيار من الفسخ لان
العقد غير لازم في حقه وبانتفا وصف اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه لا بغير علمه كما في الوكالة
والمضاربات والشركات وبهذا الحرف يتحقق الفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع لان الوكيل بالبيع مسلط
على التصرف من الموكل لان الموكل يملك التصرف فيه بنفسه اليه اشير في المبسوط والفوايد الظهيرية والايضاح
واما الاجارة فلا الزام فيها اذ العقد لازم من طرف من ليس له الخيار • **فان قيل** دلت المسايل على ان
التصرف والزام الحكم في حق الغير بدون علمه جايز منها خيار المخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج
فينفذ ذلك عليه • ومنها الرجعة فانه ينفرد الزوج بها ويلزم حكم الرجعة عليها بدون علمها • ومنها
الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكم التصرفات يلزم بدون علم صاحبها • ومنها خيار الامة
المعتقة حيث يصح اختيارها الفرقة بدون علم زوجها • ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم
المتعاقدين ومنها العدة فانها يلزم على المراة بدون علمها فما الفرق بينها وبين مسئلة الكتاب **قلنا**
اما الجواب عن الاول فان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه وهو التخيير وذلك فوق الرضا والعلم
فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل • فاما ههنا فلا ايجاب من جانب من ليس له الخيار فبطل التسليط
وصار كعزل الوكيل فيتوقف على العلم • واما عن الرجعة فان الزوج بها لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق
الرجعي لا يرفع النكاح • وانما يثبت البينونة عند انقضا العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة الرجعة
والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وكلامنا في الزام الحكم الذي لم يكن قبل الالزام • واما عن الطلاق
ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم شي من اسقطه عنه كاسقاط الحمل عن الدابة لا يكون الزاما عليها
انما اللزوم في جانب من اسقط بان ذهب ملكه وكلامنا في الحكم الذي يلزم على الغير • واما خيار المعتقة
فانها لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم ان الخيار لها يثبت بكرة بتخيير الشرع اياها لان للشرع ولاية عليها
واما مسئلة بيع الفضولي فان العقد في حق المالك لا يوجد لانه ليس للمتعاقدين ولاية على المالك فاذا رد
فقد اعدم شرط الثبوت فانعدم اصلا في حقه فارتفع الانعقاد حكما • واما العدة فانها لا تجب
بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق ونقطع الملك الا انه لم يقدر على قطع الملك حقيقة فبقي الحق الى حين
فكان لزوم العدة عليها في ضمن اذن الله تعالى للزوج على قطع ملكه بالطلاق قبل الدخول • فكان

الاعتبار للمتضمن واما ههنا فليس جواز الفسخ له بتسليط صاحبه لما ذكرنا بل يثبت ابتدا باعتبار ان
العقد غير لازم في جانبه فيتوقف على علم صاحبه لما ذكرنا بل يثبت ابتدا باعتبار ان العقد غير لازم في جانبه
فيتوقف على علم صاحبه كما في عزل الوكيل وفسخ عقد الشركة والمضاربة هذا كله مما اشير اليه في الاسرار •
ثم لا بد من معرفة اسباب نفوذ هذا العقد وفسخه في فصول العمادي في المحيط اذا كان الخيار للبايع ينفذ
باجازته وبموته وبمضي المدة قبل الفسخ وبالاغماء والجنون وان افاق في المدة قال الاسبيجابي الاصح انه
على خياره فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف
بحكم الخيار يتوقف عند ابي حنيفة خلافا لهما اما الفسخ اما بالقول او بالفعل وهو ان يتصرف البايع تصرف
الملاك في مدة الخيار كما اذا اعتقه او دبره او كاتبه او علق فيها فوجد الشرط او باعه من غيره
او وهبه وسلمه او رهن او اجر وان لم يسلم على الاصح وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري اجماعا
الا رواية عن محمد وقبض الثمن من البايع ليس باجازة وكذا مسه وانفاقه الا اذا اشتركه لغير
كالدراهم والدنانير ولو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فقبيله العبد او عرضه على
البيع ليس بفسخ على الاصح ولو ابراه من الثمن او اشترى منه به شيئا او ساومه به فهو اجازة ولو توارى
المشتري في مدة الخيار بعث اليه القاضي من يعرفه فان ظهر والا ابطله الا ان يجيء في المدة وان قالت
للخصم اني اعدوك اليه واشهدت فتوارى يقول القاضي اشهدوا انه زعم انه اعدو الى صاحبه في
المدة لكل يوم واختفى منه فان كان الامر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار فان ظهر وانكر فعلى المدعي
البينة بالخيار والاعذار واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور في حق البايع وبالتصرف
تصرف الملاك والاصل فيه ان المشتري متى باشر فيه فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك
بحال لا يبطل خياره والا فيبطل والوطي اجازة والاستخدام لا والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان
في نوع آخر • والركوب امتحانا ليس باجازة وثانيا اجازة وكذا لو ركبها لحاجة او سفرا وحمل عليها الا
علفها عند محمد والركوب للرد والسقي والاعلاف اجازة • **وقيل** ان لم يمكنه بدون الركوب
فلا يكون اجازة كما في خيار العيب • ولو امر الغلام يحلق شيئا او حلق راسه او غسله او الجارية
بالمشط والدهن واللبس فليس برضا • ولو كان المشتري كاتبا فنسخ منه لنفسه او لغيره لا يبطل
خياره وان قلب الاوراق بالدرس منه يبطل خياره • **وقيل** على عكسه وبه اخذ ابو الليث وطلب
الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو اشتريا غلاما بالخيار فرضي احدهما
لا رد للآخر وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار لهما فمات احدهما لزم البيع من جهته والآخر على
خياره ولو تملك البايع بحضور المشتري اجرته ثم قال المشتري قد فسخته بحضرة انفسخ فان هلك في
يد المشتري فعليه الثمن وان زاد المشتري بالفسخ ثم البايع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تبايعا
العقد ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل الرد بطل حكم الفسخ الكل من المجتبى • وفي الايضاح التقبيل بشهوة •
والمباشرة بشهوة من البايع نقض ولو فعل المشتري يكون اجازة ولو نظر الى الفرج بغير شهوة لم يكن اجازة
لان ذلك لا يتوقف على الملك فانه يحل للطبيب والقابلة النظر اليه • ولو قبلت الامة بشهوة لزم
العقد في قول ابي حنيفة وكذلك في خيار الرؤية والعيب وكذا المطلقة اذا فعلت ذلك كان رجعة
وهو رواية عن ابي يوسف • وعنه انها اذا فعلت اختلاسا وهو كاره لم تكن رجعة ولا اختيارا
في البيع وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار للمختار هو لا يختار عليه ولابي حنيفة
ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشيا فكانت ملحقة بالوطي والفعل فان الوطي للرجل فصارت هذه
الاشيا من حيث انها ملحقة بالوطي والفعل فان الوطي كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها

كانا ومطاوعا اختيار • اما عند ابي حنيفة فظاهر • واما عند محمد فلان الوطي ينقص الا ترى انه لو
وجد من غير المشتري يمنع الرد فاما في المباشرة اذا ابتدأت والزوج كاره ثم تركها وهو يقدر على
الامتناع فهو رجعة واختيار للبيع لان البقاء عليه كالابتداء • ولو قبلها المشتري وقال قبلتها بغير
شهوة فالقول قوله لانه ينكر سقوط الخيار وكذا قال ابو حنيفة في الامة اذا قبلته بغير شهوة وانما
يلزم العقد اذا اقر المشتري انها فعلت بشهوة لان الحكم يلزم المشتري فيتوقف على اقراره بما يسقط الخيار
ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سوا حدث بفعل البايع او بغير فعله وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بجناية البايع لان البايع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا بانه
يلزم بجنايته سلطناه على الزام العقد فتفوت فايدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي
لان لزومه لا من قبله ولهما ان ما انتقص بفعل البايع في ضمان يلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في
ضمانه وتقررت عليه حصته من الثمن فمتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام في
حق الرد وهذا لا يجوز كما فعل الاجنبي واذا ثبت هذا يرجع على البايع بالارش • ولو كان الخيار للبايع
وحدث به عيب فهو على خياره ولو حدث بفعل البايع انتقض البيع لان ما انتقض مضمون عليه وتسقط
حصته من الثمن فلو بقينا الخيار لتفرقت الصفقة على المشتري • ولو قص حوافر الدابة او اخذ من عرفها
لم يكن ذلك رضا ولو ذبحها او نزعها فهو رضا • ولو حلبها او شرب لبنها فهو رضا ولو سقى حرثا في الارض
او حصده او فصل منه شيئا فهو رضا • ولو سقى من نهره دابه او شرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحى
فهو رضا • ثم العقد اي عندهما خلافا لابي يوسف ومن معه • **قوله** • واذا مات من له الخيار وبمذا بعمومه
يتناول البايع والمشتري وغيرهما جميعا وتفرقا وقد يموت من له الخيار لانه يموت من عليه الخيار لا يبطل
بالاجماع • ثم لما بطل الخيار يلزم البيع كذا في المبسوط • وقال الشافعي وبه قال مالك يورث عنه ذكره في
المشاهير من كتبه • وفي المنظومة انه اذا مات قبل الاجازة ينفسخ البيع عندنا لانه اي الخيار حق لازم
حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله وانما قال حق لان حق الانسان ما يتولى اثباته واسقاطه والخيار بهذه
المثابة • والتعيين اي خيار التعيين اي تعيين المبيع كما اذا اشترى ثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء وخيار
الرؤية على اصلكم كذا في الاسرار • **قوله** مشيئة نصب على انها بدل تمييز ليس اي ليس الخيار شيئا
الا مشيئة وارادة • **قيل** في الفرق بين المشيئة والارادة ان المشيئة تستلزم الوجود والارادة لا
تستلزم لان الارادة طلب لغة ولكن في حق الله تعالى هما بمعنى واحد وقد مر هذا البحث في الطلاق •
في قوله ان شئت فانت طالق وفي الاسرار انما قلنا ان الخيار مشيئة لان تفسير الشيء ان يكون فاعلا
عن ملك واختيار لا عن امر واجبار وهو تفسير الخيار • انتقاله اي انتقال الخيار لانه مشيئة الانسان صفته
والصفة لا تنتقل الى غيره بل ينقطع بموته لانها لا تتصور بدون الموصوف • وانما تورث ما يحتمل الانتقال الا ما لا
يحتمل الانتقال كملكه في منكوحته وام ولده وكذا العقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما
والعقد قول قد مضى فلا يتصور انتقاله وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه فان
الملك يثبت ولانه الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البايع صحيحة والعاقد هو الوكيل كذا في المبسوط والاسرار
وفي الايضاح الخيار صفة العاقد وتاثيره في استيفاء حكم العقد فاوجب تعليقه ونفس العقد لا يقبل
التعليق وحكمه وهو الملك يقبل فيجري في حكمه كما كان يجري في الابتداء بين اتحاد العقد فاوجب تعليقه
وعدمه فكان هذا هو الجزء الاصلية والارث لا يجري فيه فيبطل الخيار • **فان قيل** ما ذكرتم منقوض بتورث
الاعيان لان المالكية في الاعيان صفة لمالكها وهي التمكن من التصرفات ينتقل الى الوارث مع انها صفة •
قلنا ينتقل العين وفي ضمن انتقالها يثبت الملك للوارث ابتداء لا ان مالكية المورث تنتقل اليه فان

لا ربما انتقص بعيب فعله فهو عيب مضمون على البايع ولهذا لو سقط لم يسقط حصته من الثمن لكنه يخير المشتري لمكان الصفقة قلنا ههنا يبقى البايع على خياره

قيل لم لا يجوز ان يكون الخيار كذلك بان ينتقل المبيع اولا وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار • قلنا ليس
من لوازم البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فلا يلزم من انتقاله انتقال الخيار واما المملوكية فلا يتصور
بدون المالك فمن ضرورتها تنتقل المالكية • فان قيل قد ينتقل الحق الى الوارث بدون انتقال
المحل • قلنا لا نسلم انه لم ينتقل بل يثبت للوارث ابتداء ليشفي صدره • فان قيل قد قال عليه السلام
من ترك مالا او حقا فلورثته ذكره في الاسرار والخيار حق فيجب ان يورث • قلنا المراد من الحق هنا
ما يقبل الانتقال كخيار العيب والتعيين بدليل ما ذكرنا دفعا للتناقض كذا في الفوائد الحميدية • وفي الاسرار
فان قيل لم لا يجوز ان ينتقل اثر الخيار وهو عدم زوال المبيع عن ملكه وعدم لزوم العقد حتى يرى فيه
رايا ان راى غبطة امضاه وان راى عيبا رده فالوارث يقوم مقامه في هذا المعنى لان المبيع قائم في
يده والعقد قائم • قلنا اثر الخيار ابقاء الحكم على العدم كما ذكرنا بعد وجود السبب حتى يتامل
فيه الى مدة معلومة ويمضيه الى راي المصلحة فيه والا رده فاذا مات ذهب رايه فعمل السبب كذا
في شرح القدوري • قوله بخلاف خيار العيب في المبسوط فاما خيار العيب فلا نقول بانه يورث
ولكن سبب الخيار يتحقق في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من
المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البايع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد
هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء الا ترى ان الخيار ثابت ابتداء للوارث
وان لم يكن ثابتا للمورث بان تعيب المبيع في يد البايع بعد موت المشتري قبل ان يقبضه الوارث بخلاف
خيار الشرط لا يوجد في حق الوارث ولا يمكن التوريث فيه وفي تعليقات البرغري خيار الشرط يثبت ابتداء
للوارث بدليل انه لو مات المورث ولا خيار له بان كان المبيع سليما ثم تعيب بعد موته عند البايع ثبت
الخيار للوارث فلو كان ثبوت الخيار بطريق الارث لما ثبت ههنا لانه لم يكن للمورث خيار عند الموت حتى
ينتقل وانما قلنا ان الخيار يثبت للوارث لان المشتري استحق المبيع سليما فكذا من قام مقامه في استحقاق
ذلك الجزء فمتى لم يسلم يثبت له الخيار ابتداء لوجود علته لا اختلاط ملكه يعني الخيار ههنا حصل في ضمن
اختلاط الملكين ملك البايع وملك المشتري • فان قيل الاختلاط مشترك فلما ذا ثبت الخيار للوارث
دون البايع • قلنا حق المورث المختار من اثنين او الثلاثة فكذا حق الوارث يعني مورثه ملك احدهما
على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البايع حيث لا يكون له
الملك في احدهما بحكم الصفقة وصار هذا كفصل استحقاق المبيع سليما كذا في الفوائد الظهيرية •
قوله ومن اشترى وشرط الخيار لغيره الى اخره • فان قيل قوله فايهما اجاز في الى اخره جملة استفهامية
لا تصلح خبرا للمبتدا وهو قوله ومن اشترى فيبقى المبتدا بلا خبر • قلنا في المبتدا معنيان احدهما الابتدا
والثاني الشرطية فيقتضي الخبر والجزاء والجزاء هنا وقع موقع الخبر فيكون الخبر محذوفا وهو قوله جاز
ويحقق هذا المعنى في ضمن الجزاء لانه لما جاز بالاجازة لا بد وان يكون الاشتراط للغير جائزا كما في قوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا وقوله فاجلدوا لا يصلح خبرا لكونه طلبيا وفي ضمنه خبر وهو وجوب
الجلد المستفاد منه فكان تقديره الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا كذا في بعض الفوايد
والمراد من الغير ههنا غير العاقدين حتى يدخل في خلاف زفر • وبقولنا قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد
ولكن للشافعي فيه وجهان احدهما انه يصح للغير وحده • والثاني يثبت له مع العاقد وقال الشافعي
في قول لا يجوز كقول زفر • وفي فساد البيع له وجهان في وجه يفسد البيع ايضا • وفي وجه البيع صحيح
والشرط فاسد كاشتراط الثمن واشتراط ملك المبيع لغير المشتري او تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين
ولان هذا التعليق انفساخ العقد وابرامه بفعل الغير والمبيع لا يحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب

والرؤية فان ذلك لا يثبت لغير العاقد فكذا هذا كذا في المبسوط وجه الاستحسان ان الحاجة قد تدعو
الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فكان اشتراطه له اشتراطا للعاقد معنى فيثبت
للغير بطريق النيابة عن العاقد فيقدم ثبوت الخيار للعاقد اقتضاء ثم يجعل هو اي الغير نائبا
عن العاقد تصحيحا لتصرف العاقد وزفر لا يقول بالاقتضاء • فان قيل لو كان بطريق النيابة ينبغي
ان يكون خيار العاقد اقوى وخيار الغير اضعف فكيف يثبت الاقوى مقتضى الاضعف كما لا يثبت
الحرية في قوله لعبده كفر يمينك بالمال لان الحرية اصل فلا يثبت بطريق الاقتضاء • قلنا الاصالة
تثبت لغير العاقد منا بوجه اخر وذلك ان خيار الشرط من قبيل الالفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ
وغير العاقد اصل في هذا اللفظ لانه يثبت له الخيار باللفظ قصدا • اما الحرية ليست من خواص
اللفظ لان الاصل في بني ادم الحرية وتثبت في شراء القريب بدون اللفظ فلا يكون جهة التبعية
موجودة في الحرية وههنا المنوب تبع لفظا والخيار اصل من حيث اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء كذا
في بعض الفوائد وفيه نوع تامل • فان قيل شرط وجوب الثمن على الاجنبي ينبغي ان يصح بطريق الكفالة
بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الاجنبي بطريق الكفالة • قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على
الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور ههنا الثمن على الاجنبي وثبوت
المقتضي لتصحيح المقتضي والكفالة لو صحت بطريق الاقتضاء لكان مبطلا للمقتضي فيعود على موضوعه بالنقض
كذا في الجارية • وعند ذلك اي عند ثبوت الخيار لهما يعتبر السابق عندنا • وعند الشافعي يعتبر
الفسخ في جميع الصور في رواية اي في رواية كتاب بيوع المبسوط في اخرى اي في رواية اخرى وهي رواية
ما دون المبسوط منه اي من العاقد • فان قيل يشكل هذا بما اذا وكل رجل رجلا بطلاق امرأته
للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فالواقع طلاق واحد منهما لا على التعيين • قلنا الوكيل في باب
الطلاق سفير كما في النكاح بدليل ان الحالف بالطلاق يحنث بفعل كل واحد منهما فكان الصادر عن كل
واحد منهما صادرا عن اصالة بخلاف الوكيل بالبيع والمفسوخ يلحقه الاجازة • فان قيل لا نسلم
ان المفسوخ لا تلحقه الاجازة فانه ذكر في المبسوط ان الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى لو
تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما وفسخ الفسخ ليس الا هو اجازة البيع في المفسوخ • قلنا
هذا لا يلزم لانا قلنا ان الاجازة لا ترد على المنتقض والاجازة فيما ذكر ثم بل هو بيع ابتداء كذا في الفوائد
الظهيرية • وذكر الامام قاضي خان والصحيح ما ذكر في ما دون المبسوط لان النقض اقوى من الاجازة
فان النقض يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على النقض كنكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا يصح نكاح الحرة
لانه يرد على نكاح الامة من غير عكس • وفي المبسوط والاصح ان الفسخ اولى لان الخيار مشروط للفسخ لا للاجازة
والفاسخ ههنا يتصرف بحكم الخيار يتصرف ما شرع الخيار لاجله فكان تصرفه اولى فيعتبرهما اي تصرف الوكيل والموكل
ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف • وفي المبسوط هذا اذا كان العبد في يد الوكيل او الموكل ولو كان
في يد احد المشتريين يترجح جانبه لانه يستدل به على سبق شرائه • فان قيل لما اعتبر ابو يوسف
تصرفهما كيف يستخرج من ذلك ان تصرف الفسخ اولى عنده في مسئلتنا • قلنا نعلم من ذلك انه لم يرجح
تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك لمالكيته والحال ان الرجحان ههنا ثابت لتصرف الفسخ
في نفسه لما ذكرنا فيكون الفسخ اولى وفي بعض الشروح • فان قيل الاجازة توجب الحرمة والفسخ الحل
فكانت الاجازة اولى • قلنا ان الاجازة تاثيرها في اثبات الحرمة والفسخ تاثيره مع ابقاء الحل
وكان الابقاء اولى لان الابقاء مع الشك اخف من الاثبات مع الشك اذ الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت
مع الشك فكان اعتبار الفسخ اولى • وصورة البيع المجاز اذا اشترى وشرط الخيار لنفسه ثم اجاز البيع

فهلك المبيع في يد البائع فينفسخ البيع ولا يجب الثمن فههنا يرد الفسخ على المجاز وصورة المفسوخ لا تلحقه
الاجازة اذا اشترى شيئا بشرط الخيار فهلك المبيع في يد البائع ثم اجاز المشتري لا عبرة لاجازته لان
هلاك المبيع يوجب فسخ العقد فلا اثر للاجازة بعده وفي المجتبى ولو صدرا معا فالفسخ اولى عند ابي يوسف
وعند محمد تصرف العاقد اولى نقضا كان او اجازة • وقيل الترجيح قول ابي حنيفة وعند محمد يصح
في النصف وينفسخ في النصف لكن لصاحبه الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو امر رجلا ببيع عبده على ان
يشترط الخيار له ثلثة ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او الاجنبي
صح • ولو امره بشرط الخيار للمامور او لنفسه او للآمر او للثالث صح • ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا
فهو على ما ذكرنا من التفاصيل لكن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور بخلاف البيع • قوله
في الكتاب اي الجامع الصغير كالخارج لانه يشبه الاستثناء لما ان العقد غير لازم في الذي له الخيار فيه •
وتعيين الذي فيه الخيار بان يقول له بعت كل واحد بخمسماية على اني بالخيار في هذا المعين • وقوله
وقبول العقد الى آخره جواب شبهة وهي ان يقال ينبغي ان يفسد العقد في هذا ايضا لوجود المفسد
وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لان العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكما كما اذا جمع بين قن
وحر فانه لا يجوز العقد في القن وان فصل الثمن لما انه جعل قبول العقد في الحر شرطا لصحة العقد في القن
فقال ليس كذلك فان الحر غير داخل في العقد لا انعقادا ولا حكما لانه ليس بمحل للبيع اصلا فكان القبول
فيه شرطا مفسدا بخلاف ما نحن فيه فانه محل البيع ويدخل في البيع انعقادا وان لم يكن داخلا حكما
فكان نظير الجمع بين قن ومدبر فانه يصح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول العقد
في المدبر لان المدبر داخل تحت البيع حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ وكان قبوله شرطا صحيحا هذا اذا كان
الخيار للمشتري كذا ذكره الامام التمرتاشي • والثالث ان يفصل الثمن بان يقول بعت كل واحد بكذا
وفي الخيار في احدهما • والرابع ان لا يعين ولا يفصل بان يقول لي الخيار في هذا ولا يقول كل واحد
بكذا • فان قيل ما الفرق بين الوجه الاول والرابع وبين عبدين احدهما مدبر او مكاتب او ام ولد
فان العقد ينعقد صحيحا في القن بالحصة خلافا لزفر وان لم يكن فيه تفصيل الثمن لما ان البيع لا ينعقد
في حق هؤلاء حتى لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث وفي البيع بشرط الخيار يحنث فكان اولى ان يكون قران
هؤلاء مفسدا البيع القن • قلنا من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكر ههنا انه لا يجوز
العقد في القن ومنهم من اشتغل به وهو الصحيح والفرق ان المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقترن بالعقد
معنى لا لفظا ومعنا فاثر المفسد • وفي بيع القن مع هؤلاء المانع مقترن بالعقد معنى لا لفظا لدخولهم في
البيع حتى لو قضى القاضي به يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة فلم يؤثر المفسد كذا في الذخيرة
والفوائد الظهيرية • قوله وهو اي المشتري بالخيار بعد ما عين المأخوذ ويسمى هذا خيار التعيين وكذلك
الثلاثة اي في ثلاثة الاثواب جائز كما في الثوبين في الكل اي في الثوبين والثلاثة والاربعة وهو اي القياس
قول زفر والشافعي ان شرط الخيار يعني جواز البيع فشرط الخيار شرع لمساس الحاجة الى دفع الغبن وقد تحققت
الحاجة ههنا والنظر الى ثوبين والثلاثة لاختيار الاوفق لحاله والارفق اي بالنظر الى الثمن ليختار الاجود
طريق لدفع الغبن فالشرع الوارد ثم يكون واردا ههنا • قوله والحاجة الى هذا النوع الى آخره يعني الانسان
قد يشتري شيئا لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا يسمح بالدفع اليه الا ان
يبتاعه والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو فتمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه ولا يمكنه
اي المشتري ان ياتيه اي الى من يشتري او من يشتريه لاجله ما ورد به الشرع وهو شرط الخيار ثلثة ايام كذا في
الفوائد الظهيرية وجامع قاضي خان لوجود الجيد يعني الحاجة الى الاختيار لاختلاف الاوصاف وهي ثلثة

جيد ووسط ورديء وجميعها توجد في الثلاث • وقوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة جواب عما قال زفر
والشافعي من الجهالة في وجه القياس وانما لا يفضي لان شرط الخيار لنفسه وحكم خياره يستبد بالتعيين
فاذا لم يفض لا يمنع صحة البيع كما لو اشترى قفيزا من صبرة بخلاف ما لم يشترط الخيار لنفسه او لم يسم الثمن
لكل ثوب حيث يفسد البيع لافضاء الجهالة الى المنازعة او لجهالة الثمن كذا في المبسوط الا ان الحاجة
اليها اي الى الاربع غير متحققة لما ذكرنا ان جميع الاوصاف توجد في الثلاث ولان في الاربعة قد
يتفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج الى اختيار آخر فتكثر الجهالة والرخصة يعني جواز البيع بهذا الشرط
رخصة وثبوتها مع الحاجة وقد انعدمت في الاربع وكونه بالجر يعني ثبتت الرخصة بوصفين •
بهما الحاجة وعدم افضاء الجهالة الى المنازعة • ثم قيل يشترط في جامع قاضي خان وضع محمد
المسئلة ههنا اي في الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار
ثلثة ايام وهكذا ذكر في المأذون • ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان ياخذ ايهما شاء بكذا ولم
يذكر الزيادة فاختلف المشايخ فيه قال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة لان خيار التعيين
مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة • وذكر هذه الزيادة في الكتاب اي الجامع الصغير
وقع اتفاقا • قال فخر الاسلام في جامعه والصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول محمد بن شجاع البلخي وقال
اكثر المشايخ لا يصح العقد ما لم يذكر خيار الشرط لنفسه مدة معلومة ثلثة ايام عنده وزيادة
على ذلك على قولهما • قال شمس الائمة في جامعه وهو الصحيح وهو قول الكرخي لان القياس يابى جواز
هذا العقد لجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بموضع السنة وهو
شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط
في الايام الثلاثة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلاثة بطل خيار •
الشرط وبقي خيار التعيين للوارث فلا يردهما الوارث وله ان يعين احدهما ويرد الاخر كذا في جامع
قاضي خان وفي الذخيرة هذا اذا كان الخيار للمشتري فان كان الخيار للبائع بان قال بعتك هذين
الثوبين على اني بالخيار اعين البيع في احدهما لم يذكر محمد هذه المسئلة في شيء من الاصل ولا في الجامع
الصغير وذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا لا قياسا لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فكذا
يجوز مع خيار البائع قياسا لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى
اختيار الارفق والاوفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع لانه لا حاجة
له الى اختيار الارفق والاوفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانبه الى ما يقتضيه القياس انها
اي المدة كانت زائدة على الثلاث او غير زائدة بعد ان كانت معلومة • فان قيل ينبغي ان لا يجوز
في الزائد على الثلاث عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في خيار النقد حتى لم يجوز الزيادة على الثلاث
فينبغي ان يكون كذلك ههنا • قلنا قوله في خيار النقد ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا
يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر واردا في حقه • واما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث انه لم
يكن فيهما حرف التعليق فكان الاثر واردا في حقهما معنى كذا قيل والاول وهو اشترى ثوبين يجوز اي مجاز
لان المشتري احد الثوبين لا الثوبين فكان من قبيل اطلاق الكل على البعض وقال فخر الاسلام انما قال
ثوبين مجازا لاحتمال ان يكون كل واحد منهما هو المبيع • لزم البيع فيه اي في الكل او المعيب • فان قيل
التعيب في الامانة غير مانع للرد فلما ذا رجحت جانب البيع فيه • قلنا العمل بالفسخ عمل بالدليل
الحادث وهو البيع لانه سبب لايجاب الضمان وعدم وجوب الضمان على الامين باستصحاب الحال
فاذا تعذر الجمع بينهما رجحنا جانب الفسخ لانه اقوى لانه عمل بالدليل الحادث فتعين المعيب مبيعا كذا في

مخلفات القاضي الغني وبعض الاخر للامانة يعني اذا هلك لا يلزمه شي • **فان قيل** لا يكون الاخر مما اقل من المقبوض على سوم الشرا وههنا تجب القيمة فينبغي ان يكون مما كذلك • **قلنا** ان قبض احدهما حصل على حقيقة البيع ولا على جهته لانه لم يقبض الاخر ليشتريه حتى يكون قابضا بجهة العقد فكان قبضه قبض امانة فلا يلزمه شي بهلاكه كذا في مبسوط شيخ الاسلام • **فان قيل** ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اطلق احدى امراتيه او اعتق عبديه حيث لو مات احدهما يتعين الباقي للعتق والطلاق وفي مسئلتنا يتعين الهالك للبيع والباقي للرد • **قلنا** الفرق ان العبد لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما قبض كما قبض فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة واما في الطلاق والعتاق فحين اشرف على الهلاك لم يبق محلا لوقوع الطلاق والعتاق وحين اشرف على الهلاك لم يبق محلا لوقوع الطلاق والعتاق فلو وقعا انما يقعا بعد الموت وهما لا يقعان بعد الموت فتعين الباقي لهما وهذا بخلاف ما اذا اشترى بشرط الخيار فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد ثمة ولهما الاخر انه يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد احدهما لا يمكن من رد الاخر كما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد ثمة ولا حدهما الا ترى انه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما او تعيب كان له رد الباقي كذا في المبسوط ولو جميعا معا قيد بقوله معا انهما لو هلكا على التعاقب يتعين الاول للبيع اذا علم السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما كما لو هلكا معا ولو هلكا او تعيبا على التعاقب وثمنهما على التفاوت فقال البائع هلك اولا الذي قيمته عشرون وقال المشتري الذي قيمته عشرة كان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان لانهما لزمه دعوى الاخر وان حلفا جعل كانهما هلكا معا ثم رجع وقال القول للمشتري وهو قول محمد فان اقاما البينة قضى ببينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط فليس له ردهما والتعيين بحاله تمسك ايهما شا بثمنه ويرد الاخر ولا يغرم من قيمته عيب المردود شيئا استحسانا كذا ذكره التمرتاشي • وفي المبسوط وجه الاستحسان ان المعيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك فانه ليس بمحل لابتداء البيع فلا يكون محلا لتعيينه ولو كان فيه اي في هذا البيع خيار الشرط له ان يردهما جميعا لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشترط الخيار فيتمكن من رده كذا في المبسوط والايضاح • وان كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بقيمته والاخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل واحد والحكم في الفاسد كالحكم في الصحيح الا ان الفاسد مضمون والصحيح بالثمن ولو لم قبضهما في الصحيح فمات احدهما فهو بالخيار في الباقي وكذا لو حدث باحدهما عيب لان المبيع لم يدخل في ضمانه فيعتبر ان الجوار كان ثابتا • **فان قيل** لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ للمشتري اذا كان الخيار للبائع • **قلنا** في خيار المشتري له ولاية اثبات الملك له ولاية اثبات الملك لنفسه بالاجازة ولا يتوقف على فعل غيره • وفي خيار البائع لا يثبت له ذلك واعتبر بالاعتاق • **قوله** فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له ولا ينفذ اذا كان الخيار للبائع وان اجاز البيع خاصة انما قال خاصة لان عندهما يدخل المبيع في ملك المشتري فلا يحتاج الى التقدير الذي يؤدي الى اختيار الملك قال الامام السرخسي وجوب الشفعة على مذهبهما ظاهر • واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصر احق بالتصرف فيها وفي جامع قاضيخان • واما على قولهما فالاخذ بالشفعة دلالة استيفاء الملك لانها شرعت لدفع ضرر الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار من نفسه في دار يريد رده وقالا اي ابو يوسف ومحمد له اي للاخر ان يرد نصيبه خاصة معيبا به اي بعيب الشركة اذا الشركة في

الاعيان

الاعيان المجتمعة عيب وذلك لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع الا بطريق التهايو وكان قبل البيع متمكنا في الانتفاع متى شا والخيار يثبت للمختار من له الخيار ما هو الارفق على وجه لا يلحق الضرر بغيره وفيه اي في الرد الزام ضرر زائد وانما وصف هذا الضرر بالزيادة وان كان في ذلك الجانب ضرر ايضا لان هذا ضرر يلحقه من الغير وذلك يلحقه من نفسه والضرر الحاصل من الغير افحش واقطع من الضرر الحاصل من نفسه لتصور احتماعهما اي اجتماع المشتريين وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول • انه لو رد احدهما يومر الاخر برده لانه لو امتنع عن الرد كان فيه ابطال حق الغير وليس له ذلك لان الخيار بشرط الرد وقد اشترطا كذا في جامع الاسبيجابي • **فان قيل** لما باع منهما بالخيار رضي بالتبعيض • **قلنا** انما رضي في ملكهما لا في ملكه كذا ذكره المرغيناني والتمرتاشي • وقوله ليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الى اخره جواب عن هذا السوال وفي المبسوط • **فان قيل** في امتناع الرد ضرر على الراد ايضا • **قلنا** ان هذا ضرر يلحقه لعجزه عن ايجاد شرط الرد لا بتصرف من الغير فان **قيل** ان هذا العيب حدث في ملك البائع لان تفرق الملك يثبت بالعقد قبل القبض **قلنا** انما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعقود عليه لم يكن له ان يرده بحكم الخيار كذا قيل **قوله** على انه خباز اي عند حرفته هذا لانه لو فعل هذا الفعل احيانا لا يسمى خبازا فالمشتري بالخيار وبه قال الشافعي فانه ذكر في تتمة كل صفة توجب في العين زيادة وفضيلة وتزداد بها الرغبات والقيمة فاشتراطه لا يفسد العقد ويثبت الخيار • **فان قيل** ما الفرق بين هذا الوصف وبين بيع الشاة او الناقة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال في الاصح لا يفسد لانه صفة مرغوب • **قلنا** الفرق ان الحمل في البهائم زيادة مجهولة لا يدرى ان انتفاخ بطنها من ريح او ولد حي وميت والمجهول الى ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذا شرط على انها تحلب كذا لانه اشتراط مقدار من المبيع ليس في وسع البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته وكان شرطا مجهولا حتى لو اشترط على انها حلوب او لبون ذكر الطحاوي لا يفسد به العقد وبه قال الشافعي لانه وصف مرغوب بخلاف قوله على انه خباز فانه وصف مرغوب فيه ولمعرفته سبيل للبائع • كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او اشترى كلبا على انه صايد فانه يجوز كذا ههنا كذا في المبسوط • وفي الذخيرة قال محمد في الزيادات فان قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد وبه قال الشافعي لوجود الشرط فان الشرط ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية في الجودة كما في وصف السلامة ومعنى ادنى ما ينطلق عليه الاسم ان يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا لان كل واحد لا يخرج في العادة من ان يكتب على وجه يستبين حروفه • وان خبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه وبذلك لا يسمى خبازا ولا كاتبا واليه اشير في الكتاب • وان وجده لا يحسن الكتابة والخبز اي لا يعرف مقدار ما يسمى به الفاعل كاتبا او خبازا وقد يكون الوصف مرغوبا يستحق بالعقد حتى لو لم يكن الوصف مرغوبا لا يستحق بالعقد كما لو اشترى على انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت له الخيار لان هذا الوصف غير مرغوب وحاصله ان الوصف المرغوب فيه يرجع الى صفة المثمن او الثمن فيكون ملايما للعقد فلا يفسد به البيع كشرط كونه ذكرا او انثى وشرط كون الثمن مرهونا برا ومكفولا به لانه اي المشتري ما رضي به اي بالبيع دونه اي دون الوصف المرغوب وهذا اي كون الوصف مرغوبا يرجع الى اختلاف النوع في الحيوانات فيه بها لا في بني ادم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت لما مر في باب المهر في النكاح وفي الذخيرة لو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتبا وغير كاتب وينظر

الى تفاوت ما بين ذلك فان كان مثل العشر يرجع بعشر الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يرجع بشي
لان ثبوت الخيار للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البايع
فكذا هذا او يكون ما ذكر في ظاهر الرواية اصح وبه قال الشافعي لان البايع عجز عن تسليم وصف السلامة
كما في العيب ولو وقع الاختلاف بين المشتري والبايع في هذه الصور بعد ما مضى حين من وقت البيع
فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البايع اي سلمته اليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد ينسى ذلك في
تلك المدة فالقول للمشتري لان الاختلاف وقع في وصف عارض اذ الاصل عدم الكتابة والخبازة قال
الله تعالى والله اخرجكم من بطون امهاتكم لا تعلمون شيئا وفي النوازل اشترى جارية على انها عذراء فعلم
انها ليست كذلك فان علم بالوطي فان نزل لها عند علمه بلا لبث لم تلزمه والا لزمته ولو اشترى بقرة على
انها حلوب فولدت عنده فشرب اللبن وانفق عليها فانه يردها والولد وما شرب من اللبن ولا شي بما
انفق لان البيع وقع فاسدا فكانت في ضمانه والنفقة عليه ولو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هو معز
يجوز له البيع وله الخيار لان جنسهما واحد في الصدقات ● وكذا لو اشترى بقرة فاذا هي جاموس وفي
المجتبى في جمع البخاري الاصل فيه ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فان كان المشار اليه من خلاف
جنس المسمى فالعقد فاسد وان كان من جنسه فالعقد جايز ● ثم ان كان المشار اليه دون المسمى كان
الخيار للمشتري والا فلا ● والثياب اجناس والذكر من الانثى في بني ادم جنسان حكما ● وفي ساير الحيوانات
جنس واحد ● واذا كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فانما يتعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشتري به
اما اذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار اليه كمن قال بعتك هذا الحمار واشار الى العبد يصح ● اشترى ثوبا
على انه هروي فاذا الحق فالبيع فاسد عندنا وكذا على انه كتان فاذا هو قطن او ابيض فاذا مصبوغ ● او
مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على انها بنا آجر فاذا هو لبن او على ان لا بنا او لا نخل فيها
فاذا فيها بنا او نخل او ارضا على اشجارها كلها مثمرة فاذا واحدة منها غير مثمرة فسد البيع فيها ● ولو اشترى
جارية على انها مولودة الكوفة فاذا مولودة بغداد ● او غلاما على انه تاجر او كاتب او غيره فاذا هو لا
يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او على عكسه او على انها بغلة فاذا هو بغل او على انها ناقة فاذا هو جمل ●
او على انه لحم معز فوجده لحم ضان او على عكسه ● او على ان هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل جاز البيع فيها
وامثالها ولها الخيار ولو اشترى على انه بغل فاذا هي بغلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية
على انها رتقا او خنثى او ثيب فوجد بما يخالفه الى خير جاز البيع ولا خيار له فيه وامثاله اذا وجده على صفة
خير من المشروطة ● ولو باع دارا بما هو فيها من الجذوع والابواب والخشب والنخل فاذا ليس فيها شي من ذلك
لا خيار للمشتري ● وفي المحيط اشترى شاة او ناقة او بقرة على انها حامل فسد البيع الا في رواية الحسن
والاصح في الامة جوازه وعلى انها حلوب او لبون وعلى انها تحلب كذا وتوضع بعد شهر يفسد والله اعلم

باب خيار الرؤية

● قدمه على خيار العيب لما انه يمنع تمام الحكم وخيار
العيب يمنع لزوم الحكم والاضافة من قبيل اضافة الشي الى شرطه ● **قوله** ومن اشترى شيئا الى آخره في
المبسوط اشترى جرابا هرويا او زيتا في زق او حنطة في جوالق فلم ير فله الخيار اذا راه ● في الذخيرة صورة
المسئلة ان يقول بعت منك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا ● او الدرة التي في كفي هذه وصفها كذا
ولم يذكر الصفة او يقول بعت هذه الجارية المنتقبة ● اما اذا قال بعت منك ما في كمي او ما في كمي هذه
من شي هل يجوز البيع لم يذكر في المبسوط قال عامة مشايخنا اطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا
وبعضهم قال لا يجوز لجهالة المبيع ● وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه
ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع ● وفي الاسرار صورته عبدا او امة متنقبة مشارا اليها حاضرة له الخيار
اذا كشفت ثم خيار الرؤية لا يثبت الا في اربعة اشيا في الشرا والاجارة والقسمة والصلح في دعوى المال على
شي بعينه ● وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا وعنده ان كان جنس المبيع معلوما بان قال بعتك ما في هذا
الجراب من الثياب فله قولان وان لم يكن معلوما للمشتري بان قال بعت ما في هذا الجوالق فالبيع باطل عنده
قولا واحدا وفي الغاية وشرحه وشرح الوجيز والحلية بيع ما لم يره البايع والمشتري يصح في القديم
وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد ولا يصح في الجديد لان المبيع مجهول ● وفي شرح الوجيز واشهر القولين
الاول بالقديم والثاني بالجديد واختلفوا في محلها على طريقين اصحهما عند ابن الصباغ وصاحب التتمة
وغيرهما ان القولين مطردان في المبيع الذي لم يره المتبايعان ولم يره احدهما والثاني ان القولين فيما
اذا شاهد البايع دون المشتري اما اذا لم يشاهد البايع فالبيع باطل قولا واحدا ● وفي حلية المومن
يجوز بيع الغايب في القول المختار وهو قول عثمان وطلحة واختاره القفال وكثير من اصحابنا وعلى هذا
لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة التي يخرج بها من الجهالة ثم اذا راه له الخيار في المجلس سواء راه على
الصفة التي ذكرها او على خلافها لقوله عليه السلام من اشترى شيئا الحديث لان المبيع مجهول لانه لم
من المعقود الا الاسم فلا يجوز البيع كما اذا قال بعتك عبدا من عبيدي ولم يشر اليه ولا الى مكانه ولان جهالة
الوصف بمنزلة انعدام المالية اذ المقصود معرفة مقدار المالية ولا يصير ذلك معلوما الا بالرؤية
فالجهل بمقدارها بمنزلة انعدام المالية فصار كبيع الآبق ولان الاستقصاء في وصف المبيع بحيث يفيد الاحاطة
بالمقاصد لا يكفي العلم بالصفة التي تحصل بالرؤية اذ الرؤية تطلع على دقايق لا تفي العبارة بها واليه
اشار قوله عليه السلام ليس الخبر كالمعاينة ولانه بيع غرر وهو منهي عنه وراوي حديثكم عمر بن ابراهيم هو
متهم بين المحدثين فلا يجوز التمسك بروايته ● **وقيل** ابن مريم رواه فقال الدارقطني ابن مريم ضعفه
احمد ويحيى وابو حاتم وابو زرعة لعدم العلم بعدالته كذا في شرح الغاية ولانه عليه السلام نهى عن
بيع ما ليس عند الانسان فيدل على عدم بيع الغايب ● **ولنا** قوله عليه السلام من اشترى شيئا
الحديث وهو حديث رواه ابن عباس والحسن البصري وسلمة المحو مرسلا لشهرته ذكر في المبسوط
ورواه ابو حنيفة ومحمد باسنادهما وقد عمل به كثير من العلما مثل مالك واحمد بن حنبل وغيرهما
وهو مذكور في كتب اصحاب الشافعي ايضا والحديث اذا كان لاحد رواته منهما لا يترك مع رواية
العلما المشهورة بالعدالة مع ان الاتهام غير مسلم والطعن المبهم لا يقبل ويحمل الغرر المنهي عنه على ما له
عاقبة مستورة عملا بالاحاديث والمراد من قوله ما ليس عند الانسان عدم الملك بدليل قصة
الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة وليست عندي فاشتريها واسلمها
فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك كذا في المبسوط ● واما الجهالة التي ذكرها الخصم لا تودي الى المنازعة
لما ذكر في المتن لجهالة الوصف في المعاين المشار بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه
فانه يجوز لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فكذا هذا كذا في المبسوط ● او اشترى عبدا على انه
خباز او كاتب ولا يعلم ثبوته ● وفي الايضاح ولا خلاف ان المعقود عليه مجهول الوصف لكن جهالة
الوصف عنده اثر في صلب العقد لان الوصف مقصود فجهالته تمكن غررا في العقد وصون العقد
واجب عن الجهالة وعندنا المعقود عليه الذات باعتبار المالية وهذا الذات انما صار محلا للبيع
باعتبار اصل المالية لا باعتبار قدرها فجهالة القدر لا تؤثر في صلب العقد وانما تؤثر في صفة
اللزوم ● وهذا لانه اذا كان مجهولا بوصفه اختل الرضا فيثبت له الخيار ● **قوله** اذا قال رضيت
يعني بعد تمام البيع يقول المشتري رضيت بذلك المبيع على اي وصف كان ثم راه له ان يرده وهو
ظاهر مذهب الشافعي ● وحكى في تتمتهم وجها آخر انه ينفذ كما اذا اشترى بشرط الخيار فلا يثبت الخيار

تبله اي قبل الرؤية على تاويل المذكور • **فان قيل** المذهب عندنا ان المعلق بالشرط يوجد عند
وجوده ولا يلزم عدمه عند عدمه لجواز ان يوجد بعلة اخرى • فكيف يصح قوله فلا يثبت قبله لانه
دعوى بلا دليل • **قلنا** هذه قضية متلقاة من جهة صاحب الشرع فتنتهي الى ما انهاه اليه
والشرع اثبت الخيار بالرؤية فلا يثبت قبلها ولو ثبت انما يثبت بدليل اخر فمن ادعاه فعليه البيان
كذا قيل • **فان قيل** يشكل بخيار العيب فانه اذا قال رضيت به قبل ان يراه فلا خيار له • **قلنا**
سبب الخيار ثمة العيب وهو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتا ولا كذلك ههنا كما بينا فافترقا
وقوله وحق الفسخ الى اخره جواب سؤال مقدر يرد على قوله لان الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبلها بان
يقال لما لم يثبت الخيار قبل الرؤية كما اقتضاه الحديث وهو عبارة عن حق الفسخ والامضاء ينبغي ان لا يتمكن
من الفسخ قبل الرؤية عندنا وبه قال الشافعي في الاصح فاجاب عنه وقال حق الفسخ يعني يمكنه من الفسخ
باعتبار وقوع العقد غير لازم لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث • الا ترى ان لكل واحد من العاقدين
في عقد الوديعة العارية والوكالة تملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن خيار ثابت
لا شرطا ولا شرعا • وفي المبسوط الرضا قبل الرؤية ابطال حكم النص وهو الخيار عند الرؤية لان
المشتري يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس في الفسخ ذلك لان المعقود عليه بالفسخ يخرج من ان يكون
معقودا عليه فلا يلزم كون المعقود عليه خاليا عن الخيار • **قوله** ولان الرضا الى اخره وحقيقة الفرق
ان حق الفسخ لعدم الرضا وعدم الرؤية لا ينافي عدم الرضا وحق الامضاء للرضا والرضا لا يتحقق دون
الرؤية لان الرضا استحسان الشيء وامساك الاختيار وعدم الرؤية ينافيه لان بالرؤية يطلع على دقائق
لا تحصل بالاخبار والعبارة ولانه لو لم يكن له حق الفسخ قبل الرؤية لصار العقد لازما فيلزم امتناع الخيار
بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالنص وفيه نوع تامل • **وقيل** لا رواية في الفسخ قبل الرؤية
واختلف المشايخ فيه فقيل لا يملك الفسخ كالاجازة وهو احد قولي الشافعي فحينئذ لا يحتاج الى الفرق والفرق
المذكور في المتن على ظاهر مذهب اصحابنا وظاهر مذهب الشافعي • **قوله** ومن باع ما لم يره الى اخره
صورته ورث شيئا فباعه قبل الرؤية وبقولنا قال الشافعي في الاصح اذا قال بانعقاد بيعه ومالك
واحمد بقول اولا له الخيار وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه لا ينعقد بيعه قولا واحدا اعتبارا
اي قياسا بخيار العيب • وصورته ان يجد البايع في الثمن عيبا وهذا اي ثبوت الخيار له زوالا اي في
جانب البايع فانه لا يزول ملكه عنه الا برضاه وثبوتا اي في جانب المشتري فان المالك فيه لا يثبت
له بدون رضاه اوزوالا في حق المشتري فان ملكه في الثمن لا يزول بدون رضاه وثبوتا في حق البايع
فان الملك في الثمن لا يثبت له بدون رضاه ولا يتحقق ذلك اي الرضا وذلك اي العلم باوصاف المبيع
يثبت بالرؤية لما ذكرنا ان الرؤية تطلع على دقائق لا تحصل بالعبارة دونه اي دون الشرا يعني
معلوم بالشرا ورؤية المشتري • **فان قيل** المعلق يجوز ان يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر
وههنا وجد القياس • **قلنا** لا يمكن الحاق البايع بالمشتري فيه قياسا ولا دلالة لانه ليس في معناه
من كل وجه ولا نظيره لان المشتري انما يرده باعتبار انه ظنه خيرا ولم يجده كذلك فيرده لفوات
وصف مرغوب فيه عنده • اما البايع فلو رد بحكم عدم الرؤية فانما رد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن
وهذا لا يوجب الخيار كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو سليم لم يثبت له الخيار بالاجماع كذا في
الايضاح على انا نقول هذا القياس مخالف لاجماع الصحابة لما روي ان جبير بن مطعم قضى بعدم ثبوت الخيار
للبايع بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فكان اجماعا منهم والقصة مذكورة في المتن ولهذا رجع
ابو حنيفة حين بلغه الحديث • **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت سواء قبضه مستورا او لا • **وقيل** بانه

بانه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية وبه قال بعض اصحاب الشافعي حتى اذا وقع بصره عليه ولم
يفسخه سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب وقال صاحب التهذيب
وبعض اصحابه يمتد الى اخر مجلس الرؤية وهذا اصح كذا في شرح الوجيز لانه خيار يثبت شرعا للتروي
فصار كخيار المجلس والاصح ان هذا الخيار باق ما لم يوجد ما يبطله لانه يثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى
الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا • **قوله** وما يبطل خيار الشرط الى اخره • **فان قيل** يشكل على هذا
الكلي مسئلتان احديهما ما لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار
الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط • والثانية ما اذا عرض المشتري المبيع على البيع يبطل خيار
الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان • **قلنا** الاصل فيهما ان خيار الرؤية لا
يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية فلا يبطل ايضا بدليل الرضا قبل الرؤية بالطريق الاولى لانه دونه والاخذ
بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلا يعملان فيه بالابطال • وفي الذخيرة اشترى جارية على
انه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج الى الامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة
فلم يكن الاشتغال به مرة دليل الاختيار بدليل ما لو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطي محتاجا اليه
للبيان لانه لا يعلم كونها صالحة بالنظر اليها وانما يبطل لان الوطي لا يحل بدون الملك بخلاف الاستخدام فانه
يحل بدونه وكان الوطي اختيار للملك لان ذلك في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع
والتقبيل واللمس بشهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك يسقطه لما انه غير
محتاج اليه للامتحان او لا يحل في غير الملك • **قوله** قبل الرؤية وبعدها وفي شرح الاقطع لو عاد الى ملكه
بسبب كالرد بقضاء او بفك الرهن او بفسخ الاجارة لم يرد بخيار الرؤية لانه بطل بعقده فلا يعود بسبب
ملكه • **فان قيل** بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف حكم النص لانه اثبت الخيار اذا راه • **قلنا** ذلك
فيما اذا امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات مبنية على الملك وصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك
وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد وخيار الرؤية بالشرط فيما اذا بقي حكم
العقد كذا في الذخيرة والمساومة طلب البايع المشتري لبيع سلعته كذا في الفوائد • وفي المجتبى لا يطالب
المشتري بالثمن قبل الرؤية ولا يتوقف الفسخ على القضاء والرضا بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل
المشتري او بعده لكنه لا يصح الا بمحضر من البايع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والخلاف فيه كالخلاف
في خيار الشرط والاجارة تصح بدونه وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية ولو كان اناء من
النقدين او تبرا او حليا مصاغا فله الخيار ولو تبايعا عينا بعين فلهما الخيار • ولو تبايعا عينا بدين فللمشتري
العين الخيار • **قوله** الى وجه الجارية ذكر الجارية وقع اتفاقا فان الحكم في الغلام كذلك لانه ذكر في الايضاح
المعتبر في العبد والامة النظر الى الوجه لا الى ساير الاعضاء في العبد والجواري تبع للوجه الا ترى ان القيمة تتفاوت
بتفاوت الوجه مع التساوي في ساير الاعضاء • والاصل في هذا اي في اسقاط خيار الرؤية لتعذر اي لتعذر
رؤية الجميع على تاويل المذكور او كون رؤية الجميع مشروطا اذ البواطن والدقايق لا ترى وكذا جميع الظاهر
اما في العبيد والاماء فظاهر لان رؤية عورتهما متعذرة • واما في الثوب المطوي فيتضرر البايع بانكسار
ثوبه فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود • ولو دخل في البيع اشياء اي من جنس واحد اجادة اي
اجادة ذلك المبيع وعلامته الشيء الذي لا تفاوت اجادة كالمكيل مثلا اذا كانت الحنطة وغيرها من نوع
واحد فانها لا تختلف اما اذا كانت من انواع مختلفة فالخيار باق ما لم ير من كل نوع شيئا كذا في شرح
الاقطع النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموذه كذا في المغرب • **قوله** اذ رؤيتها اي فحينئذ
يكون له الخيار اطلق المصنف ولكن ذكر في الينابيع يثبت له الخيار العيب لا خيار الرؤية سواء كان في وعا

واحد او في اوعية مختلفة بعد ان تتحد الكل في الجنس والصفة كذا في شرح المجمع • وفي الكافي اذا كان اردى
له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي راها لا بغيرها وهذا التعليل يدل على ان له خيار الرؤية وكذا سوق كلام
المصنف • وما ذكر في المجتبى يدل على هذا ايضا • وفي جامع قاضي خان قال مشايخ بلخ برؤية احد الوعائين
لا يبطل خياره والصحيح انه يبطل لان رؤية البعض تعرف حال الباقي فان تغير الباقي له ان يرده وفي الذخيرة
في المكيل والموزون يكتفى برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد وان كانا في وعائين يرى ما في احدهما اختلف
المشايخ فيه قال مشايخ العراق اذا رضي بما راى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الاخر مثل ما
راى او فوقه • اما اذا راى دونه فهو على خياره في الكل اذا ولكن لو اراد ان يرد يرد الكل • من هذا القبيل
اي من قبيل ما يتفاوت احاده لانه يختلف بالصغر والكبر وهو اختيار قاضي خان ينبغي ان يكون اي الجوز
والبيض واللوز مثل الحنطة لان احادها متقاربة وقد صرح به في المحيط وفي المجرد وهو الاصح وبه
قال بعض اصحاب الشافعي اذا ثبت هذا اي ما ذكرنا من التفصيل والتقرير النظر الى وجه الصبرة كاف وهو
ظاهر مذهب الشافعي • وفي تتمتهم حكي عن الشافعي انه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقليبها ليعرف
حال باطنها والمذهب المشهور هو الاول • قوله مما يعلم البقية قال فخر الاسلام والنظر الى مواضع الطي
في الثياب اذا كانت المواضع مستوية يقع على كل جزء من كل ثوب فيعرف الكل به • وفي المحيط قيل هذا في
عرفهم اما في عرفنا ما لم ير الباطن لا يسقط خياره • وعند الشافعي لا بد من نشره ورؤيته كله في قول •
وهو قول زفر لانه ليس بمثلي فلا يعرف كله بدونه • وقلنا يستدل برؤية طرف منه على ما بقي
اذ لا يتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر • وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر الا اذا
كان في طيه • وفي الكافي قالوا هذا اذا لم يكن في طي الثوب ما يكون مقصودا بالنظر كموضع العلم ووجه
العمامة لان المالية تتفاوت بحسبه • وفي شرح المجمع المسألة مفروضة في الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره
وباطنه حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه • والوجه هو المقصود في الادمي اي العبد والامة
حتى لو نظر الى غيره لا يبطل خياره لما ذكرنا ان سائر اعضائه تبع للوجه • وعند الشافعي لا بد في العبد من
رؤية الوجه والاطراف ولا يجوز رؤية العورة • وفي باقي البدن ذكر في التهذيب انه لا بد من رؤيته في
اظهر الوجهين وفي الامة له وجوه احدها يعتبر رؤية ما يرى من العبد • والثاني رؤية ما يبدو عند المهنة
والثالث يكفي رؤية الوجه والكفين وفي رؤية الوجه الشعر وجهان احدهما في التهذيب اصحهما اشتراطه • ولا
يشترط رؤية اللسان والاسنان في اصح الوجهين كذا في شرح الوجيز • وفي الغاية الاولى تحكيم العرف وهو
اي الوجه والكفل في الدواب ولا يعتبر رؤية غيرهما لانهما مقصودان دون غيرهما وهو رواية بشر عن ابي
يوسف ولا يعتبر رؤية غيره اي غير المقصود حتى لو راى سائر اعضائه دون الوجه يبقى على خياره • وفي بعض
النسخ دون غيرها اي غير الثلاثة وهي الوجه في الادمي والوجه والكفل في الدواب والاول اصح بعضهم اي بعض
المشايخ رؤية القوائم والاول وهو رؤية الوجه والكفل المروي وهو رواية بشر عنه • وفي المحيط وهو الصحيح
لانهما مقصودان منها وعنه وهو رواية المعلى عنه يعتبر في الدواب عرف التجار عند محمد يكفي رؤية الوجه
اعتبارا بالعبد والامة • وعند الشافعي لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم ويجب رفع السرج والاكاف
والجل وعن بعض اصحابه انه لا بد من ان يجري الفرس بين يديه ليعرف سيره كذا في شرح الوجيز لا بد من الجس
ليظهر الهزال والسمن • وفي الصحاح جسه بيده واجتسه مسه • وبالفارسية ماليدن دست بوست
كوسفندشاه • القنية هي التي تحبس في البيت لاجل النتاج • وفي المغرب قنوت المال جمعته قنوا وقنوة وقنية
اتخذته لنفسي قنية اي اخذ المال للنسل لا للتجارة • وفي الصحاح قنوت الغنم وغيرها قنوة وقنوة وقنيت ايضا قنية
وقنية اذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة وفي الذخيرة لا بد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها لان ذلك لـ

الذوق

الذوق هو المعرف للمقصود ولا خلاف فيه • وفي المجتبى في المحيط عن ابي عصمة في البرذون او الحمار او البغل
يكفي ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية وفيما يطعم لا بد من الذوق وفي النشاط لا بد من الذوق
وفي البساط لا بد من رؤية جميعه وما كان له وجهان من الثياب وغيره يشترط رؤية كلا الوجهين ولو نظر
الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره • ولو نظر الى وجهها دون القدم يبطل قلت وينبغي ان يشترط رؤية الطرم
في زماننا للتفاوت وكونه مقصودا • وفي الجبة لو راى باطنها لم يبطل خياره وان كان على البطانة
فروا الا اذا كانت الظهارة حقيرة غير مقصودة • وفي الوسادة المحشوة لو راى ظاهرها فان كانت
محشوا مما يحشى مثلها يبطل خياره • وان كانت مما لا يحشى مثلها فله الخيار • ولو اشترى رحا بالاتها لا بد
من رؤية كلها وكذا السرج باداته ولبد لا بد من رؤية الكل • قوله وعند زفر لا بد من دخول داخل البيت
وعند الشافعي لا بد مع ذلك من رؤية السقوف والسطوح والجدران خارجا وداخلا ورؤية المستحم
والبالوعة وبه قال الحسن بن زياد والمراد بالكتاب القدوري عادتهم اي عادة اهل الكوفة او اهل بغداد
في زمن ابي حنيفة • فاما اليوم الذي في ديارنا لا بد من الدخول كما قال زفر لتفاوت حال الدار بقلة المرافق
وكثرتها وذلك لا يصير معلوما بالنظر الى صحنها • وهو الصحيح اليوم وجه الظاهر ان النظر الى جميع اجزائها
متعذر فانه لا يمكن النظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا تعذر رؤية
الكل اقيم رؤية جزء مقصود منها مقام رؤية الجميع تيسيرا كذا في المبسوط وبه يعلم جواب قول الشافعي
وفي المحيط والذخيرة بعض مشايخنا قال في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى كان في الدار بيتان
شتويان وبيتان صيفيان وبيت طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية
المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند • وبعضهم شرط رؤية الكل وهو الاظهر
والاشبه كما قال الشافعي • وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه او رؤوس اشجاره في ظاهر
الرواية وانكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال بان المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه
او رؤوس اشجاره في ظاهر الرواية كذا في شرح المجمع • وفي جامع قاضي خان في الكرم لا يكتفي برؤية
الخارج ورؤوس الاشجار • وفي المحيط هذا عندهم اما في بلادنا لا بد من رؤية داخل الكرم لا بد ان
يرى من كل نوع شيئا وفي النخل كذلك وفي الرمان من الحلو والحامض • وعند الشافعي في البستان
لا بد من رؤية الاشجار والجدران ومسايل الماء لا رؤية اساس البستان وعروق الاشجار ونحوها وفي
رؤية طريق الدار ومجرى الماء الذي يدور به الرحا طريقان كذا في شرح الوجيز اشترى دهنا في زجاج
فنظر الى الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة وبه قال اصحاب الشافعي لانه لم ير الدهن
حقيقة لوجود الحائل • وعن محمد انه يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام ان قول محمد مثل
لقول ابي حنيفة • قوله ونظر الوكيل الى اخره يعني نظره مكشوفا • وقيل الفرق بين الرسول والوكيل
ان الوكيل لا يضيف العقد الى موكله بل يعقد بالاستبداد والرسول لا يستغني عن الاضافة الى المرسل واليه
الاشارة في قوله يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك الاية • وقوله تعالى وما انت عليهم بوكيل قل لست عليكم
بوكيل نفي الوكالة واثبت الرسالة • وفي الفوائد صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في
قبض المبيع او وكلتك بقبضه • وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني في قبضه او امرتك بقبضه او قل
قل لفلان ان يدفع المبيع اليك • وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال اقبض
المبيع فلا يسقط الخيار وانما قال الوكيل بالشرى لا يسقط الخيار بالاجماع وبه قال اصحاب الشافعي
ذكر في تتمتهم لهما ان الوكيل بالقبض بوكيل اي قبل الوكالة فيما اذا قبضه مستورا يعني الوكيل بالقبض
واسقط الخيار قصدا لا يسقط بالاجماع هو ان يقبضه اي الوكيل وهو اي الوكيل يراه لان تمامه لـ

تمام القبض بتمام الصفقة وتمام الصفقة بتمام الرضا ولا تتم اي الصفقة مع بقاء خيار الرؤية
لان الرضا لا يتم معه فيصير القبض بسقوط الخيار بحيث لا يرد عليه النقض فيكون تاما ولان تفريق
الصفقة بعد هذا القبض جائز بان يشتري شيئين وقبضهما ثم رآهما ثم وجد باحدهما عيبا فلو رده
خاصة يجوز ولا يلزم تفريق الصفقة بعد هذا القبض جائز بخلاف ما اذا قبضهما مستورين ثم وجد
باحدهما عيبا لا يرد خاصة بل يردهما لو ارادهما قبل القبض • **فان قيل** هذا الوكيل لم يقم مقام الموكل
في المسئلتين احداهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط به خيار الرؤية ولو قام مقامه لسقط •
كالموكل والمسئلة في الاسرار والثانية ان الموكل اذا قبضه مستورا ثم رآه بعد القبض واسقط
الخيار قصدا يبطل الخيار ولو فعل ذلك الوكيل لا يسقط فينبغي ان لا يقوم مقامه في النظر عند القبض
قلنا فيما نحن فيه وهو ان قبضه الوكيل وهو يراه انما يبطل خياره ضمنا لاتمام قبضه لما ذكرنا
ان بقاء الخيار لا يتم القبض فمن ضرورة اتمام قبضه سقوط الخيار ولذلك لم يملك اسقاطه قصدا
وفي الاسرار انما يملك الوكيل اسقاطه بمقتضى تمام العقد فينفذ بقدره فلم يملك قصدا ولهذا لا يملك
الوكيل بالقبض الفسخ لانه لم يؤمر به وكذلك الاجازة قبل القبض كان رآه بعده لانه لم يوكل به
وانما وكل بالقبض التام فمن ضرورته سقوط الخيار • وكذلك لو قبضه مستورا لم يملك اسقاط
الخيار قصدا واكتفى بالقبض الناقص لوجود صورة القبض وان كان ناقصا فان اسقطناه قصدا
لكان اسقاطه مقصودا وهو لا يملك ذلك فيبطل تصرفه فيما لا يوكل به بخلاف الموكل لانه يملكه
وبخلاف خيار العيب فانه لا يمنعه تمام الصفقة فلا يمنعه تمام القبض ولهذا لا يملك الرد بالعيب
بعد القبض يوضحه ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل فلا يملك
الوكيل اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط كذا في المبسوط والموكل يملكه اي القبض بنوعيه
وهما التام والناقص بالناقص منه اي من القبض • **فان قيل** ينبغي ان لا ينتهي لان الموكل يملك نوعيه
فكذا الوكيل لانه نائبه • **قلنا** يملك النوعين على سبيل البدل لا الشمول لان قوله وكلتك بالقبض
مطلق لا عام فيتناول احدهما لا على التعيين فاذا اختار احدهما لا يبقى الوكالة بعده كما لو وكل بشراء
جارية تركية او رومية او هندية فبشراء احدها لا يبقى له ولاية شراء اخرى اليه اشير في المبسوط
والكافي لانه اي خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة على اعتبار السلامة اذ العقد ورد على التسليم ظاهرا
ولهذا لا يملك الرد بالعيب الا بقضاء • وفي خيار الرؤية والشرط ينفرد بالرد وهما على ان من اصحابنا
من قال ان خيار العيب على هذا الخلاف ذكره في الفوائد للقدوري • **فان قيل** الوكيل بعقد الكتابة
لا يملك قبض بدل الكتابة وفي قبضه اتمام العقد الذي وكل به • **قلنا** العقد تام وان لم يقبض المال
لانه ليس لاحد من المتعاقدين فسخه الا برضا الآخر او بعجز المكاتب • **قوله** وخيار الشرط على الخلاف
ذكره القدوري وهو رواية الهندواني ووجهها انه لما ملك القبض بنوعيه فمن ضرورة ملكه
قبض التام ان يسقط خيار الشرط فقبض الوكيل لان التام منه لا يحصل بخيار الشرط كما لا يحصل بخيار الرؤية
اليه اشير في الذخيرة والاسرار وليس بسلم وفي الكافي وهو الاصح التام منه اي من القبض يعني لو اشترى
بشرط الخيار ليتروى فيه بعد القبض لا يسقط خياره بقبض الموكل لان شرع خيار الشرط الاختيار ونحوه
بالتامل بعد القبض وهذا المعنى يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض لانه اي الرسول اي شيئا من القبض •
لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض وانما امر باداء الرسالة اليه بالتسليم فيملك اداء الرسالة
على الكمال والوجوه الاخرى ان البائع اذا لم يسلم اليه لا يملك الرسول الخصومة معه لما • **قلنا** لذا في الاسرار
ولهذا لا يملك اي الرسول القبض اي قبض الثمن اذا كان رسولا بالبيع او قبض المبيع اذا كان رسولا في الشراء

وفي بعض

وفي بعض النسخ التسليم مكان القبض لتسليم المبيع او الثمن باعتبار الحالتين • وصورة الرسول بالبيع ان يقول
المرسل قل لفلان اني اشتريت منك عبدك المعين فقال فلان بعت من فلان بكذا فقال الرسول اشتريت للمرسل
ولهذا يحتاج كل واحد منهما الى اضافة الصيغة اليه • اما الوكيل بالبيع والشراء يملك القبض وفي المجتبى يصح
التوكيل برؤية ما اشتراه فيلزم العقد ان رضي ويفسخ ان شاء وبه قال الشافعي في وجه لانه من احكام
العقد فيصح التوكيل به كما في العقد وقال شيخ الاسلام لا يصح وبه قال الشافعي في وجه لان طريق التشهي
لا يدخله النيابة كما لو اسلم على عشرة ووكل باختيار اربعة منها لا يصح التوكيل بهذا يكذا هذا • **قوله**
وبيع الاعمى وشراؤه جائز وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وفي قول لم يجوز بيع الغائب لم يجز
بيعه وشراؤه ايضا لانه قال اذا جوزنا بيع الغائب يثبت فيه خيار الرؤية وههنا لا سبيل اليه اذ لا رؤية
له • والثاني انه يجوز لانه يمكن ان يقام وصف غيره مقام رؤيته كما يقام الاشارة مقام النطق في حق
الاخرس هذا في شرح الوجيز وهذا الخلاف فيمن هو اعمى وقت العقد ولم يكن بصيرا • اما ان كان بصيرا فعمي
بعد ذلك لا خلاف في جواز بيعه وقد قررناه من قبل في اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة
العميان من غير نكير احد والتعامل بلا نكير اصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين ولانه روي عن عمر رضي
الله عنه ان حبان بن منقذ كان ضريرا رواه الدارقطني فما منعه النبي عليه السلام من البيع والشراء
ولا غيره من العميان مثل ابن عباس والعباس وجابر وابن عمر ولانهم ما امتنعوا عن البيع والشراء • ثم من
اصل الشافعي ان من لا يملك ان يشتري بنفسه لا يملك ان يأمر غيره فاذا احتاج الاعمى الى ماكول ولا يملك
من الشراء بنفسه ولا الوكالة مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى كذا في المبسوط حتى يوصف له وفي
جامع العتابي الوصف في العقار ان وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر صفة العقار • وفي
المبسوط المقصود دفع الغبن وذلك يحصل بذكر الوصف اذا وصفه بابلغ ما يمكن وان كان بالرؤية اتم
كما في السلم يعني ان الوصف يقام مقام وجود المسلم فيه وان كان المسلم فيه معدوما للعجز والعجز في حق الاعمى
الزم لان رؤية المسلم فيه ممكن اما رؤية الاعمى غير ممكن فيقوم الوصف مقام الرؤية في حقه بالطريق الاولى
كتحريك الشفتين • وفي الفوائد الظهيرية المصير الى التشبه عند العجز عن الحقيقة واجب كاجراء موسى
على المحرم الذي لا شعر له وتحريك الشفتين للاخرس عند القراءة ولو وصف له ثم ابصر فلا خيار له لتمام العقد
وسقوط الخيار فلا يعود • ولو اشترى ثم عمي ينتقل الخيار الى الوصف لان النقل من الرؤية الى الوصف للعجز •
وقد تحقق كذا في الذخيرة • وعن ابي يوسف انه اعتبر الوصف في غير العقار ولم يعتبر الشم والذوق
والجس لما ان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا • وفي المبسوط قال بعض مشايخنا وهم ائمة بلخ يمس
الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده من ذلك
بالمس • وحكي ان اعمى اشترى ارضا فقال قودوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى انتهى الى موضع منها
فقال اموضع كدس هذا قالوا لا فقال هذه الارض لا تصلح لانها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني وكان كما قال
فاذا كان الاعمى بهذه الصفة ورضي بها بعد ما مسها سقط خياره • وفي شرح القدوري وهو رواية
بشر وابن سماعة في الدار وفي الكامل عن محمد يعتبر اللمس في الثياب والحنطة وفي المدقوق الذوق الا اذا
كان الثمار على النخل فوصف له جاز وفي العقار والدور يوصف له • **فان قيل** له يمس الحيطان والنبات
وعن ابي يوسف لو وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال رضيت سقط وهذا بعيد لانه لا يستفاد به
فائدة وفي الجملة ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر فحينئذ لا تختلف هذه الروايات في المعنى لان الخيار ثابت
للاعمى لجهله بصفات المبيع فاذا زال ذلك باي وجه زال سقط خياره • وقال الحسن بن زياد يوكل وهذا
رواية عن ابي حنيفة وهذا اي قول الحسن اشبه بقول ابي حنيفة لجعله روية الوكيل كرؤيته فيستقيم على اصله

يكون تفريقا للصفقة وتفريق الصفقة منهي بالاجماع لما روي انه عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة
فان قيل ينبغي ان تكون هذه الصورة ولانه رد احدهما الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى الحديث
قلنا العمل بموجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم في افادة التحريم يعني موجبه ثابت في جميع الصور
وموجب قوله نهى عن الصفقة محكم في افادة التحريم يعني موجبه ثابت في جميع الصور وموجب حديث خيار
الرؤية لم يكن ثابتا في جميع الصور بدليل انه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق او دبر احد العبدين فكان النهي
عن النهي عن تفريق الصفقة راجحا وهو الجواب المنقول عن العلامة شمس الائمة الكردري • والثاني ان
قوله نهى محرم للرد وحديث الخيار مبيح للرد والمحرم راجح على المبيح • والثالث ان قوله نهى متاخر عن المبيح والا
يلزم تكرار الفسخ والرابع ان الرد كما كان غير ممكن لان المشتري تعين لاحدهما • وفي الفوائد الظهيرية منذ
تفريق قبل تمامها فلا يجوز اعتبارا بابتداء الصفقة فانه لو اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول
في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة بين الناس بضم الردي الى الجيد ترويجا للردي بالجيد
فان قيل هذا المعنى موجود في خيار العيب بعد القبض ومع ذلك يملك التفريق وان كان فيه
اضرار بالبائع • **قلنا** التفريق قبل القبض اضر لمكان التفرد والاستبداد بالرد لانه يرد بمجرد الرد
والتفريق بعد القبض اخف ضررا لافتقار الرد بعد القبض الى القضاء او الرضا • **قوله** بل يردهما وبه
قال الشافعي • **فان قيل** ما الفرق بين هذا وبين مسئلة الاستحقاق فانه لو استحق احدهما لا يرد الباقي
وهاهنا وفي خيار الشرط يرد الاخر اذا رد احدهما • **قلنا** الفرق ان في خيار الرؤية والشرط لو رد
احدهما يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لما ان الصفقة لا تتم معهما • وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق الصفقة
قبل التمام فان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا
واحدا في فصل الاستحقاق فلو استحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط
لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب • وفي فصل الاستحقاق ولاية رد الباقي
لدفع ضرر يلزم المشتري • وفي خيار الرؤية والشرط لزم رد الاخر لدفع ضرر يلزم البائع اليه اشير في جامع قاضي
خان • وبعده اي بعد القبض يعني فيما اذا قبضه مستورا كذا قيل ولا حاجة الى هذا لان خيار الرؤية
يبقى الى ان يوجد ما يبطله فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا لعدم العلم بصفات المعقود عليه فلا يحتاج الى
القضاء او الرضا بخلاف خيار العيب بعد القبض فانه لا يرد الا بالرضا او القضاء لتمام البيع وعند الشافعي
في خيار العيب بعد القبض كذلك فهو فسخ من الاصل ايضا • **قوله** ويفواته اي بفوات العلم باوصافه
يثبت له الخيار وبه قال الشافعي في الاصح على قول يجوز بيع الغائب لا يعلمه مرئية اي لا يعلم انه هو الذي رآه
وقوله الا اذا كان استثناء من قوله فلا خيار له فالقول للبائع اي مع يمينه وبه قال الشافعي في وجه وان
البيع عنده صحيح في الاصح • وفي اظهر الوجهين عنده القول للمشتري لان البائع يدعي عليه الاطلاع على هذه
الصفة وهو ينكر فالقول له كما اذا ادعى الاطلاع على العيب وهو ينكر كذا في شرح الوجيز وفي تتمتهم قال
اصحابنا القول للبائع اذ الاصل في العقد لزومه • وقال صاحب التفريق القول للمشتري وهذا يدل
على ان الاظهر هو الاول • وما ذكر في المبسوط يدل ايضا فانه ذكر فيه ان القول للبائع مع يمينه لان دعوى
التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه فصار بمنزلة دعوى العيب في المبيع •
وبقولنا قال اكثر اصحاب الشافعي • وذكر بعض اصحابه ان القول للمشتري • وقلنا سبب لزوم العقد
وهو الرؤية السابقة او البيع الباب الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والتغير حادث فالقول لمن يتمسك
بالظاهر وما قال ان البائع يدعي عليه الاطلاع ليس كذلك لاتفاقهما على ان الاطلاع قد كان ولكن •
اختلفا في التغير والتغير حادث بعد الرؤية السابقة فالقول لمن ينكره والبينة لمن يدعيه الا اذا بعدت

المدة على ما قالوا لو آه المتاخرون فحينئذ كان القول للمشتري لان الظاهر شاهد له • وفي المبسوط فان
بعدت المدة بان راى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري
وبه يفتى الصدر الشهيد والامام ظهير الدين المرغيناني كذا في الذخيرة وبه قال الشافعي وقوله بخلاف
ما اذا انضلا متصل بقوله فالقول للبائع لانهما اي الرؤية القول له اي للمشتري لانه ينكر الامر الحادث
وبه قال الشافعي • **قوله** ومن اشترى عدل زطي ولم يره وفي الكافي وقبضه ثم باع ثوبا منه
وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع او هبة ولانه لو كان قبل
القبض فالخيارات سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح قوله حينئذ الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم
يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما وذكر الضمير ولا لقوله فباع منه وانثه
ثانيا بقوله لم يرد منها شيئا ردا الى لفظ العدل والى معناه فانه في معنى الثياب الزطية • نظيره
قوله تعالى كم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بياتا او هم قائلون • وفي الصحاح العدل بالكسر
المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الناس وفي المغرب جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية
وقيل جيل من الناس بسواد العراق • تمامها اي تمام الصفقة لما ذكرنا ان تمامها بالرضا ولا
رضا مع وجودهما وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز كما في ابتداء الصفقة • وقوله بخيار العيب
جواب عن قوله الا من عيب بعد القبض فيكون به لا قبل القبض لو وجد عيبا في ثوب منها يرد بها كما ذكرنا
اما بعد القبض يرد المعيب خاصة وان كانت اي الصفقة لا تتم قبله اي قبل القبض في خيار العيب
ايضا كما ذكرنا وفيما اي في المقبوض وضع المسئلة • وقد ذكرنا ان مع خيار العيب تتم الصفقة لانه
رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة ثابتة من حيث الظاهر ولهذا لا يرد به بعد القبض
وقبله كما في خيار الرؤية والشرط وقد بينا الفرق بينه وبينهما • وفي هذه المسئلة لو وجد باحدهما
عيبا له قولان وان قال بجواز تفرق الصفقة جاز له رد احدهما دون الاخر • وان قال بعدمه ليس له
ذلك ولا فرق بين ان يطلع على المعيب قبل القبض او بعده وكذا في خيار الرؤية والشرط كذا في تتمتهم فلو
عاد اي الثوب الذي باعه اليه اي الى المشتري بسبب هو فسخ كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء
او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري الاول على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية او الشرط او العيب
لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة ذكره شمس الائمة في مبسوطه • وعن ابي يوسف
وهو رواية علي بن الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار
الشرط • وفي فتاوى قاضي خان وهو الصحيح • وفي المبسوط باعه على انه بالخيار فان كان بعد الرؤية
فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره • وان كان قبل الرؤية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل
بما احدث من التصرف فلو اسقط خياره لاسقطناه باجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون اقوى
من تصريحه باسقاطه وبالتصريح باسقاطه قبل الرؤية لم يسقط خياره فكذا اذا باعه على انه بالخيار
ولو قطع ثوبا منه او لبسه حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له ان يرد ما بقي منه
لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام • **مسائل** تتعلق بهذا الباب اشترى شيئا مغيبا في الارض
كالجزر والفجل والبصل والثوم واصول الزعفران وما اشبه ذلك يجوز وبه قال مالك واحمد •
وقال الشافعي لا يجوز وله الخيار اذا راى جميعه ورؤية بعضه لا يبطل الخيار بكل حال عند ابي حنيفة
لان هذه الاشياء تتفاوت فيها الصغير والكبير والجيد والردي فرؤية بعضه لا تنوب عن رؤية الباقي
كما في الثياب والعبيد • وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعضها كرؤية كلها وجعلاها كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب لان بعضها يستدل به في العادة على الجميع • وروى بشر عن ابي يوسف انه ان كان

المقلوع قدر من الكيل او الوزن فحينئذ ينوب عن رؤية الباقي لانه ان كان كذلك فهو مقصود فكان
رؤيته معتبرة وان لم يكن له قدر لم يعتد به لانه غير مقصود فيبقى خياره بحاله وهذا فيما اذا قلعه
المشتري برضا البايع او قلعه البايع بنفسه فحينئذ يكون الحكم عندهم على ما بينا اما اذا قلعه بغير اذن
البايع بطل خياره لان ذلك تعيب وتغيب بعض المبيع فيسقط الخيار ولو اختلفا فقال المشتري اخاف
ان اقلعه لا يصلح لي فلا اقدر على رده وقال البايع اخاف ان اقلعه بغير رضا المشتري لا يقبله فانه
يقال لهما من تطوع منكما بالقلع فان تراضيا عليه تم الامر وان لم يتراضيا فسخ القاضي العقد لانه لا
سبيل الى اجبار واحد منهما على القلع لتضرر كل واحد منهما بالقلع فتعذر امضاء البيع بينهما فكان
القاضي يقطع الخصومة بالفسخ روى ذلك عن ابي يوسف وعند الشافعي في الجديد لا يجوز بيع ما لم ير
وفي القديم يصح بشرط بيان الجنس وله الخيار اذا راى وهو قول مالك واحمد وقولنا كذا في
تتمة • وفي شرح الوجيز قال العبادي الفقاع يفتح راسه وينظر اليه بقدر الامكان • وفي الاحياء
اطلق المسامحة به • وفي المحيط ولو باع المغيب بعد ما نبت ولكن لا يعلم وجوده تحت الارض لا يجوز
وبعد ما علم جاز ولو قلع البايع او المشتري باذنه بعضه فكان المبيع مما يباع كيلا او وزنا ورضي به بطل
خيارهما عندهما وعليه الفتوى وعند ابي حنيفة لا يبطل ولو قلع بغير اذن البايع فان كان المقلوع شيئا
له ثمن بطل خياره وان كان لا ثمن له مقدار الانموذج فاذا رضيه المشتري كان عليه القلع والله اعلم •

باب خيار العيب

وقد ذكرنا وجه تاخره عن خيار الرؤية واضافة
الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه • وفي الصحاح العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال
عاب المتاع اي صار ذا عيب وعبته انا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل • وفي
المبسوط العيب ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة • وفي التحفة العيوب الموجبة للرد فهو على نوعين •
ما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر دون الباطن كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصبع
الناقصة والسن الشاغية او الساقطة او السوداء او غيرها • والثاني ما يوجب النقصان من حيث المعنى
دون الصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض والزنا في الجارية وغيرها • **قوله** لان مطلق العقد
يقتضي السلامة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في
صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد عبدا لا داء فيه ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم
من المسلم ففي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي
حنيفة المرض في الجوف والكبد والرئة وفيما روي عن ابي يوسف قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل
الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق • **وقيل** هي الجنون كذا في المبسوط وفي المغرب
الصحيح ان المشتري كان العداء والبايع هو رسول الله صلى الله عليه وسلم • وفي فوايد الكافي لان الله تعالى
خلق الاشياء سليمة عن هذه العوارض فيقع العقد على ما هو الاصل لانه صار كمن العاقلين يابى كل واحد ان يغبن
ان يغبن فيقتضي ان يكون المبيع موجودا من كل وجه والنقصان عدم من وجه فلا يقع العقد على الناقص ولانه
عليه السلام مبعوث لبيان الاحكام وكان المراد من قوله لا غائلة ولا خبثة نصب الحكم لا ابانة نفي الغائلة
والخبثة نصب الحكم لا بيان رفع الغائلة والخبثة لانهما يوجدان حسا فعلم انهما لا يعتبران في مطلق العقد •
في البياعات • **قوله** وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان اي قيمته او ارشه وبه قال الشافعي ومالك
وقال احمد اخذ الارش لانه حقه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن عين فيكون مقابلا بالعين •
دون الوصف لانه غير متقوم فاني يقابله غير متقوم • ولان الثمن لا يخلو اما ان يقابل
بالوصف والاصل وفيه تسوية بين التبع والاصل وفيه تسوية بين التبع والاصل او بالوصف فقط وهو ترجيح

التبع على الاصل او بالاصل فقط وهو المرام كذا في الكافي • وقوله في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت
الاوصاف مقصودة بالتناول كما اذا ضرب الدابة فاعورت او صارت معيبا احتراز عما اذا كانت
الاوصاف اولى او قطع البايع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول •
او حكما بان يمتنع الرد لحق البايع بالتعيب او لحق الشرع بالجناية فان لها قسطا من الثمن حينئذ وعن هذا
قلنا ان من اشترى شاة او بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم علم بعيبها لا يردها بالعيب بجميع الثمن ولكن
ذكر في تتمة ان الشافعي قال في القديم يثبت له الرد وقال في الجديد لا يثبت الرد وهذا اقيس ولانه اي
البايع لم يرض بزواله اي بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى • **فان قيل** يشكل هذا بما اذا باع عبدا
معيبا فاذا هو سليم لا خيار للبايع وان كان البايع لا يرضى بثمن المبيع في السليم فكذلك ههنا ينبغي
ان لا يثبت الخيار للمشتري اذا كان المبيع معيبا • **قلنا** البايع ان كان عالما بطول ممارسته مع المبيع
فالظاهر انه رضي بذلك • اما المشتري ما راى المبيع اصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر من
غير علم حصل له فيثبت له الخيار كذا في النهاية والكافي لان التضرر بنقصان المالية لان المقصود من المبيع
الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خللا في المقصود فذلك عيب يرد به كذا في
المبسوط • وفي الذخيرة ففي كل شيء يرجع الى اهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب وان لم يوجب
نقصانا في العين ولا في منافعها لان عندهم عيبا يوجب نقص ثمنه نظيره الظفر الاسود ان كان ينقص ثمنا
فهو عيب كما في الاتراك اما في الحبش فلا وبه قال الشافعي ومالك واحمد • **قوله** والاباق الى اخره
هذا شروع في بيان العيوب تفصيلا فقال والاباق والى اخره فليس ذلك الماضي اي كل واحد من الثلثة
يعاوده اي عند البايع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري كذا في الكافي ونص عليه في المحيط وشرح الطحاوي
وفي الكفاية وشرح قاضي خان المعاودة في يد البايع ليس بشرط للرد فانه قال هذه الافعال من
عادة الصبيان فاذا امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيبا ولا يرد به فان عاوده تبين انه كان •
يفعله طبعا لا عادة وذلك عيب فيرد به • وقال الشافعي الاباق عيب ايضا ان كان في يد البايع •
وان لم ياب في يد المشتري • وكذا السرقة ولم يشترط المعاودة • واما البول في الفراش فالاظهر
اعتبار الاعتياد اذا كان في غير اوانه • اما في الصغر فلا وقدره في التهذيب بما دون سبع سنين •
كذا في شرح الوجيز وهو ظاهر قول مالك واحمد • وعندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في
المعاودة سواء كان ذلك قبل البلوغ او بعده • ومعناه اي معنى قوله فاذا بلغ الى اخره لانه اي كل
واحد من الثلاثة عين ذلك لان شرط استحقاق الرد وجوب العيب الواحد عند البايع والمشتري • فاما
الذي في يد البايع فلا يوجب الرد للمشتري بعيب حدث في يده واتحاد الحال دليل اتحاد السبب واختلاف
دليل اختلافه واختلاف الاسباب دليل اختلاف المسببات كذا في الباطن اي لاجل في الالة الماسكة
بحب اللعب • وفي المبسوط الاباق في الصغر سببه سوء الادب وحب اللعب • وبعد البلوغ سببه التمرد
وقلة المبالاة بالمولى • والسرقة قبل البلوغ لقلة التامل في عواقب الامور • وبعد البلوغ سببها التمرد
ولهذا يجب على البايع ما لا يجب على الصبي • والمراد من الصغير من يعقل • وفي الايضاح السرقة والبول في
الفراش قبل ان ياكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا
وكذا الاباق • وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة • وفي بعض المواضع ويستنجي وحده ذكره في
جامع المحبوبي • وفي الذخيرة والسرقة ان كانت اقل من عشرة عيب لانها انما كانت عيبا لان الانسان
لا يامن السارق على مال نفسه وفي ذلك العشرة وما دونها سواء • **وقيل** ما دون الدرهم و
فلس او فلسين ليس بعيب ولا تختلف الحال بين ان تكون السرقة من المولى او غيره الا في الماكولات

فانها لا تعد عيبا من المولى ومن غيره بعد عيبا • وسرقة ما يؤكل لاجل البيع من المولى وغيره عيب ولو
نقب البيت ولم يختلس شيا فهو عيب واباقه ما دون السفر عيب بانفاق المشايخ كاباقه مدة السفر لكن
تكلموا في انه هل يشترط الخروج من البلد فقيل شرط حتى لو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا • ومن القرية
الى المصر اباق وكذا على العكس والبول في الفراش انما يكون عيبا اذا كان صغيرا ابن خمس سنين وفي نوادر بشر
عن ابي يوسف الاباق من الغاصب الى المولى ليس بعيب ولو ابق من الغاصب ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب
فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب • وان لم يعرف او لا يقدر لا • وفي الفوائد
الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو
تعيب بعيب آخر ولم يتمكن من الرد كان له ان يرجع بنقصان العيب فاذا رجع بالنقصان ثم كبر العبد هل
للبائع ان يسترد ما اعطى للنقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة ثم قال
كان الذي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج •
له ردها ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان •
لزوال ذلك العيب فكذا هنا فيه • والثانية ما اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب
بعيب آخر يرجع بالنقصان فاذا رجع ثم برا من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان ان كان برا بالمداواة
فينبغي ان يسترد • **قوله** والجنون في الصغر عيب ابدا وفي المبسوط اذا وجد مرة فهو عيب لازم ابدا
سوا وجد في حالة الصغر او بعد البلوغ يعني به وجد في يد البائع في حالة الصغر او الكبر فلا يشترط
المعاودة في يد المشتري والفرق بينه وبين الاباق والبول في الفراش والسرقة ان هذه الاشيا تختلف
باعتبار الحالتين • اما الجنون فلا يختلف بالصغر والكبر لانه آفة في العقل باعتبار آفة متمكنة في الدماغ
فيكون عيبا • **وقيل** معدن العقل القلب وشعاعه الى الدماغ فيكون عيبا • **وقيل** الجنون انقطاع ذلك
الشعاع بحبس الدماغ استدلالا بما ذكره محمد بقوله والجنون في الصغر عيب ابدا ولم يرد به ان عين الجنون •
لا يزول بل اراد ان سببه وهو الفساد المتمكن فيكون عيبا ابدا واليه اشار النبي عليه السلام بقوله من جن
ساعة لم يفق ابدا واليه مال الحلواني وشيخ الاسلام خواهرزاده وهو رواية المنتقى وقول بعض مشايخنا
وظاهر مذهب الشافعي ومالك واحمد وقال بعض مشايخنا ليس الرد بجنون كان عند البائع حتى يعاوده
في يد المشتري لان سببه آفة تحل بالدماغ وهذا مما يمكن ان يزول وان بقي له اثر ولكن ما بقي من الاثر بعد
زواله ظاهرا لا يعد عيبا لانه لا يفوت شيا من المنفعة فلا يكون له حق الرد ما لم يعاوده في يد المشتري
وان بقي سببه • وفي الكافي الجمهور ان المعاودة شرط وهو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وبه
اخذ الاسبيجابي لان الله تعالى قادر على ازالة تلك الآفة كساير العلل فلم تكن من ضرورة وجودها يوما وجودها
دايما وليس معناه اي معنى قول محمد ابدا في المبسوط • ثم تامل ما ذكر محمد ان الجنون عيب لازم يعني اذا وجد
في يد البائع مرة ثم وجد في يد المشتري مرة فان الثاني عين الاول وان اختلفت الحالة بخلاف البول في الفراش •
والاباق والسرقة • وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون **قيل** ساعة عيب **وقيل** اكثر من ليلة ويوم •
وقيل المطبق دون غيره قال الاسبيجابي ظاهر الجواب انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري **وقيل**
يشترط • ولا خلاف بين المشايخ كذا في عامة الروايات • **قوله** والبخر والدفر مصدر دفر اذا
خبثت رايحته • اما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرايحة اما كانت ومنه المسك الاذفر •
وهو المراد عن قولهم والدفر عيب وهكذا الرواية والسماع بالدال غير المعجمة • وفي المبسوط البخر
نتن رايحة الفم وهكذا في الصحاح • والذفر رايحة موذية تحت الابط والبخر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت
السرة وبه سمي بعض الناس ابجر وهكذا يكون لداء في البدن ويعد التجار عيبا • وكذا الادر وهو عظم

الخصيتين

الخصيتين والادر عيب وهو الذي يسيل الما من منخريه • وعند الشافعي البخر والدفر عيبان في الغلام
ايضا والمراد من البخر الذي هو عيب هو الناشي عن تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك
يزول بتنظيف لذلك في شرح الوجيز وفيه وفي تتمة الصنان وهو الذفر ان كان من عرق واجتماع وسخ
او حركة عنيفة ليس بعيب وان كان داءا لامن اجتماع الوسخ والعرق فحكمه حكم البخر فيكون عيبا فيهما
ولا يعلان اي البخر والذفر فيه اي بالاستخدام الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لان ذلك يدل على
داء في البدن والداء نفسه عيب كذا في المبسوط • **قوله** وطلب الولد يعني كون الجارية ولد الزنا
وكذا الاستخدام يخل بمقصود المولى وهو الاستيلاد فان الولد يعير بامه اذا كانت ولد الزنا وبالاستخدام
لان استخدام الغلام عادة يكون في امور خارج البيت وزناه وكونه ولد الزنا لا يخل به على ما قالوا في
المشايخ لان اساعهن تخل بالخدمة لان سيده كلما وجهه في حاجة يذهب الى متابعة هواه وكان كالسرقة
فانها تخل بالاستخدام كما ذكرنا • وقال قاضي خان لو كان الزنا مرارا منه يكون عيبا لان ذلك يعجز عن بعض
الاعمال لضعفه ويرادف الحدود يوجب نقصانا في عينه • وقال الشافعي نفس الزنا عيب فيهما
كالسرقة او فوقه ولهذا كل منهما في الجارية عيب فكذا في الغلام وقد ذكرنا الفرق وفي المحيط والزنا
عند البائع عيب وان لم يزن عند المشتري ولو كان زانيا ما اوجدها لغير رشده فهو عيب • وعن محمد ذلك
في الجواري التي يتخذن امهات الاولاد وفي غيرهن يعتبر عادة النخاسين • وفي المحيط ترك الاكل في الجواري
عيب خلافا للشافعي • وفي المبسوط كون العبد ولد الزنا لا يخل بالمقصود وهو الاستخدام فان اكثر المماليك
بهذه الصفة لا يعرف انسابهم • فاما الجارية اذا كانت ولد الزنا فيعتبر ولد المولى منها بامه فيكون عيبا
وعلى هذا اذا لم يكن الغلام مختونا والجارية مخفوضة في الجلب من دار الحرب لا يكون عيبا لانهم لا يفعلون
ذلك وبه قال الشافعي وفي المولد لا يكون عيبا ايضا في الصغير وبه قال الشافعي ويكون عيبا بعد البلوغ
لان المولد في دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد وبه قال الشافعي
اما في الجارية الغير المخفوضة لا خيار له اصلا عنده • **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية
لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يقدر على استخدامه في الامور الدينية كاتخاذ الماء
للوضوء وحمل المصحف اليه ولا يقدر على تحريره في كفارة القتل • وقال الشافعي لو اطلق العقد فبان الكفر
لا خيار له لان ظاهر الحال لا يدل على الكفر والاسلام كالوطن العدل فبان الفسق وقال اصحابه هذا اذا
كفرا يقر عليه • فان كانت الجارية مرتدة او وثنية له الخيار وهذا هو الاختيار كذا في حلية المومن •
وفي شرح الوجيز لو وجدها كتابية او وجد العبد كافرا اي كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر
بحيث لا تقل فيه الرغبات وان كان في بلاد الاسلام حيث تقل الرغبات وتنقص قيمته فله الرد لانه ابى
الاسلام زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيبا فاذا هو سليم فلا يرده وبه قال المزني وقال الشافعي
واحمد يثبت له الخيار لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات
من الامور ولا يسخر من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله ولان الكافر يشتريه المسلم والكافر والمسلم
لا يشتريه الا المسلم على اصله فتقل فيه الرغبات • واصحابنا قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون
على وجه الشرط بل على وجه التبري عن العيب فكانه اشتراه معيبا فاذا هو سليم فكان ازيد مما
شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده ازيد فلا حاجة الى دفع الضرر باثبات حق الرد
كذا في المبسوط وقال ان الكافر يشتريه المسلم والكافر الى آخره يلزم على اصله لا على اصلنا • وفي المحيط
والنكاح والدين عيب فيهما • وعند الشافعي لو كان عليه دين بان اشترى شيا بغير اذن المولى واستقرض
لا خيار له لانه يتاخر الا ما بعد العتق ولو كان الدين في رقبته بان جنى في يد البائع ولم يفده له الخيار

وفي النكاح له الخيار • **قوله** بالغة قيد به لان عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب باجماع الفقها
ولو كانت كبيرة قد بلغت سن الاياس فهو عيب باجماع الفقها • اما لو كانت شابة ومثلها تحيض
في العادة فوجدها لا تحيض له وكذا في كتبهم ايضا وفي الذخيرة وفتاوي الفضلي والتتمة لو ادعى
المشتري الانقطاع في مدة كبيرة ينبغي ان يدعي باحد السببين اما بالدا او بالحبل حتى تسمع دعواه لان
الارتفاع بدونهما لا يعد عيبا فالمرجع الى الحبل قول النسا والمرجع الى الدا قول الاطبا ثم العيب لا
يثبت في حق سماع الخصومة بقول الاطبا ما لم يتفق عدلان منهم على علامة الدا • قال شيخ الاسلام الحيض
مركب في بنات ادم فاذا لم تحض في اوانه فالظاهر انه انما لا تحيض لدا فيها فكذلك الدا يكون عيبا
منها لا عدم الحيض ولهذا لا يسمع دعوى المشتري ما لم يدع الارتفاع باحد السببين كما ذكرنا وكذا الاستحاضة
لدا حل في عرق فيها اليه اشار النبي عليه السلام حيث قال لتلك المراة ذاك دم عرق عند اي عابد
او قال انفجر ثم سيلان الدم لو كان مستدا اما ربما يضنيها ويقتلها والتي يرتفع حيضها زمانا فهو عيب
لان ذلك لا يكون الا لدا في البدن • ومنه مواد الامراض فان الرطوبة اذا كان تسيل منها في وقتها تكون
صحيحة البدن والا اصفر لونها ولانها اذا لم تحض لا تحبل فيخل بالمقصود ويعرف ذلك اي الارتفاع
بقول الامة لانه لا طريق له الا هذا فترد اي الامة اذا انضم اليه اي الى قول الامة نكول البائع يعني
يستحلف البائع مع هذا ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض فترد بلا قضا ولا رضا فيفسخ العقد
الضعيف بحجة ضعيفة قالوا هذا قول محمد اما في ظاهر الرواية لا قول للامة في ذلك • ثم اعلم ان
المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسله عن مدة الانقطاع فان ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع
دعواه وان ادعاه في مدة مديدة تسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة اشهر عند ابي يوسف وعند محمد
اربعة اشهر وعند ابي حنيفة وزفر بسنتين فاذا عرفت المديدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان
القاضي مجتهدا يقضي بما ادى اليه اجتهاده وان لم يكن مجتهدا ياخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان •
وفي الفوايد الظهيرية لو شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع بخلاف الاستحاضة حيث
تقبل عليها لانها مما يمكن الاطلاع عليها وانقطاع الدم على وجه يعد عيبا لا يمكن الاطلاع عليه ولو
انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة لا • وعندهما يستحلف • وقوله هو الصحيح
احتراز عن قول ابي يوسف فان عنده يرد بقول الامة قبل القبض وشهادة القابلة وعما روي عن محمد •
انه قال ان كانت للخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النسا كما بينا ودليل الصحيح ان شهادتهن
حجة ضعيفة فلا الحكم ما لم يتايد بمؤيد وذلك نكول البائع كذا في المبسوط وفيه وفي الكافي والتولو
عيب وكذا الخال ان قبحا بان كانا ينقصان الثمن بان كثرا • والصهوبة وهي حمرة في الشعر عيب اذا الحشت
بحيث تضرب الى البياض وكذلك الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لانه في غير اوانه دليل
الدا وفي اوانه دليل الكبر • والعشى عيب وهو ضعف في البصر حيث لا يبصر في الليل والسن الساقط
عيب ضرسا كان او غيره لانه يشينه وينقص من الثمن وكذا السواد والظفر الاسود عيبا اذا كان ينقص
الثمن • والعسر عيب وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينه الا ان يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي
باليدين وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ هو زيادة • والعشم عيب وهو يبوسة وتشنج في الاعضا
منه اصل العرج • والكي عيب اذا كان من دا والا لا كما في الحبشة • والقروح عيب والحرن على وجه لا
يستقر ولا ينقاد للراكب عند العطف والسر عيب وهو نوع من الجمح والجمح عيب وهو ان لا يلين عند
اللجام وخلع الراس من العذار عيب اذا كان رحله لانه يخل بالمقصود وربما يضل بسببه فتستوي المالية
وبل المخلاة عيب اذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل لعاب الفرس على وجه تبتل المخلاة بها اذا جعل على راسه

وفيه

وفيه علقه • **وقيل** ان ياخذ المخلاة فيرمي به وهذا نوع من الجمح • والغرب عيب وهو ورم في الماقي
وربما يسيل منه شي حتى قال محمد اذا كان بها بلا فصاحبه في حكم الطهارة كصاحب الجرح السايل والشتر
عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه كان يسمى الاشتر وهذا يمكن ضعفا في البصر • والحول في العين عيب
والحوص عيب وهو نوع من الحول وكذا القبل حتى اذا كان في انسان العين يسمى قبلا • واذا كان في الجانب الاخر
فهو الحوص • والطفر عيب وهو بياض يبدو في انسان العين ويسمى بالفارسية ناخنه وكل ذلك يمكن ضعفا
في البصر وربما يمنع البصر اصلا • والشعر في جوف العين عيب لانه يضعف البصر والجرب في العين عيب لانه
يضعف البصر وفي غير العين عيب ايضا • وكذا ريح السبل يضعف البصر بهما وربما يذهب بهما البصر والسعال
القديم عيب اذا كان من دا • فاما القدر المعتاد منه لا يعد عيبا • والعزل عيب وهو ان يعزل ذنبه في احد
الجانبين والمشش عيب وهو ورم في الدابة لها اصلابه العظم • والفدح عيب وهو اعوجاج في مفاصل
الرجل والفحج عيب وهو تباعد ما بين القدمين والصكك عيب وهو ان تصطك احدى ركبتيه على الاخرى
والحبل في بنات ادم عيب لانه ينقص المالية • وفي البهايم ليس بعيب لانه يزيد المالية • والقرن عيب
وهو عظم في المأتي يمنع الوصول اليها والرتق عيب وهو لحم في المأتي والعفل عيب وهو ان يكون المأتي منها
شبه الكيس لا يتلذذ الواطي بوطيها فالكل يخل بالمقصود والبرص عيب والجذام عيب وهو دج في المثانة
وربما يفحج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لدا في الباطن • والسلعة عيب وهو القروح التي تكون على العنق
يسمى بالفارسية خوك • **وقيل** السلعة في الراس ينتثر منه شعر الراس ويسمى بالفارسية فلنباخ •
وقيل هو غدة تحت الجلد بين اللحم والجلد • والدحس عيب وهو ورم يكون في اطراف حافر
الفرس والحمار • والحنف عيب وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشي
وقال ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه • والصدف عيب وهو التوا في اصل العنق • **وقيل**
هو ميل يكون في البدن في اقبال احدى الرجلين الى الاخرى • **وقيل** في الركبة • **وقيل** نوع من الحنف
والشدق عيب وهو سعة مفرطة في الفم • وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشدق
في الكلام وهذا مما يعده التجار عيبا • وكل شي ينقص الثمن في الرقيق والدواب عيب وفيه قال
الشافعي وفي شرح الوجيز قد ذكر الاصحاب تفصيلا في عيوب العبيد والجواري والدواب والضابط انه
يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة او نقصان يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب
في امثال المبيع عدمه وانما شرطنا فوات غرض صحيح لانه لو بان قطع فلقة يسيرة من فخذه او ساقه لا يثبت
الرد به لانه لا يفوت به غرض صحيح • ولو قطع من اذن الشاة ما يمنع التضحية يثبت الرد والا فلا وشرطنا
ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه لان الثيابة مثلا في الاما معنى ينقص القيمة لكن لا رد بها لانه لا
يمكننا ان نقول الغالب فيهن عدم الثيابة • وفي المجتبى في جمع التجاري اشترى هندية او تركية لا يحسن
لغتها ان عده التجار عيبا فعيب وان قبضها المشتري ولم يعلم انه عيب ثم علم ان كان هذا عيبا بينا لا
يخفى على الناس كالعور ليس له الرد • وفي المحيط اشترى غلاما به ورم فقال البائع حديث لاصابة
ضربة او باعه على انه حديث • او قال ان كان فيه ما يخوا به على ثم ظهر انه قديم ليس له الرد • وعن
المرغيناني انه باع فرسا به قرحة فقال البائع هي عن الحيام فاشتراه على ذلك ثم ظهر انه اثر الحيام
ليس له الرد • ولو ولدت الجارية فباعها وكتمها لا يردها اذا لم ينقصها الولادة • وفي رواية
جعلها عيبا مطلقا • ولو اشتراها ولها قرحة ولم يعلم انها عيب ثم علم فله الرد والصحيح ان كان
عيبا بينا امتنع الرد والا فلا • ولو باع سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن • او صابونا على ان فيه
كذا من الدهن او قميصا على انه اتخذ من عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له

وفي جمع العلوم التخنث والحمق وكونها معيبة وشرب الغلام وترك الصلوة وغيرها من الذنوب عيب
وبه قال الشافعي • وقيل التخنث اذا فحش او باتي بالفعال رديه عيب والا فلا • وكل عيب يمكن
المشتري من ازالته بلا مشقة لا ينتقص به المبيع كاحرام الجارية ونجاسة الثوب فلا خيار له • ولو
وجد البقرة قليلة الاكل له الرد وبه قال الشافعي • والعثور في الدواب عيب ان كان كثيرا فاحشا
والا فلا وكذا اكل العذرات • ولو اشترى زوجي الخف واحدهما اضيق ان كان خارج العادة فله الرد
ولو كان الخف لا يسع في رجله وقد اشتراه للبس فله الرد والا فلا • وقيل عيب في الحالين • اشترى
حنطة ووجد فيها ترابا معتادا لا يرد ولا يرجع بشيء والا فله الرد وليس له ان يميز التراب ويرجع
عليه ولو خلط بها بعد العلم التمييز انتقص الكل • والوزن بالتنقية امتنع الرد وله نقصان العيب والا فلا
ولو وجد الجارية دميمة او سوداء لم يرد • وان كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها ولا قبحها
فله الرد ولو امتنع الرد يرجع بفضل ما بينهن قيمتها عن محترقة ومحترقة ولو اشترى كذا وليس لها
مسيل اذا رضا ليس لها شرب او مرتفعة لا يسقى الا بالسكر فله الرد ولو صالح المشتري البايع عن حق الرد
بالعيب على مال يجوز به قال مالك والشافعي في وجه وقال في وجه لا يجوز كالصلح عن خيار الشرط
والرؤية • **قوله** قال واذا حدث عند المشتري الى اخره سوا حدث بافة سماوية او بغيرها • وفي
المستصفى والاصل ان امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشتري بطل حقه في الرجوع بالنقصان كالو باع
المبيع او قتله ولو امتنع الرد لا بفعل من جهته او بفعل غير مضمون له حق الرجوع بالنقصان ولا يرد المبيع
وبه قال الشافعي واحمد في رواية وابن ابي ليلى يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث لان رد البدل
عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار رادا على البايع كل المبيع فيرجع بكل الثمن • **وقلنا** حق الرد ثبت
للمشتري ليدفع الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر البايع وبعد ما تعيب لو رده لتضرر به بايعه لانه
خرج عن ملكه سالما عن هذا العيب ويعود معيبا فامتنع الرد لدفع الضرر عن البايع ولا بد من دفع الضرر
عن المشتري والضرر يندفع عنه بثبوت حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فصار اليه كذا في المبسوط والكافي
فان قيل ينبغي ان يرجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه لان البايع دلس له العيب والمشتري صار
مغرورا من جهته • **قلنا** المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة المال كما في الغاصب اذا عمل في الثوب
المغصوب الخياطة او الصبغ بالحمرة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع
بحصة العيب من الثمن اليه اشير في المبسوط ورد البدل كرد المبدل ضرورة ولا ضرورة ههنا لانه ربما
لا يرضى البايع به • **قوله** فتعين الرجوع في الايضاح • **فان قيل** الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
فكيف يجعل لها حصة من الثمن حالة الوجود • **قلنا** اثبتنا لهذه الاوصاف حصة منه بالاخراج
من الاستحقاق لضرورة جرحه فصارت اصولا في حق الاخراج • وجاز ان يصير الوصف اصلا بالفعل عليه
كما لو صارت مقصودة بالاتلاف حيث صارت لها حصة من الثمن وسقطت حصتها منه فكذا ههنا
وطريق معرفة النقصان ان يقوم سليما من العيب القديم ويقوم معيبا به فان كان تفاوت ما بين القيمتين
العشر يرجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر يرجع بنصف عشره فيحفظ ما نقصه العيب وينسب الى
القيمة السليمة فيرجع من الثمن على تلك النسبة لانه اي البايع رضي بالضرر والمانع حقه وقد زال
ذلك برضاه واذا رضي ليس للمشتري ان يمسكه وياخذ النقصان وبه قال الشافعي • **قوله** فقطعه
وفي الكافي ولم يخطه رجع بالعيب اي بنقصانه وبه قال الشافعي واحمد في رواية خلافا لمالك
وابن ابي ليلى واحمد في رواية والخلاف في هذه المسئلة كالخلاف في المسئلة الاولى حكما وتعليلا فانه
اي القطع عيب لان الامتناع لحقه اي لحق البايع وقد رضي به اي بالثوب المبيع فزال المانع فان باعه

اي بعد القطع يرجع بشيء علم به اولا • وبه قال الشافعي في الاصح لان الرد تعذر ببيع المشتري فان حجة البايع
ان يقول اقبله كذلك فيصير هو اي المشتري حابسا المبيع بالبيع لانه يمسك بدله وامساك البدل كامساك
المبدل ولو كان المبدل في يده ليس له ان يمسكه ويرجع بالنقصان فكذا هنا • وفي الفوائد الظهيرية
والمبسوط الاصل في جنس هذه المسائل ان في كل موضع يكون البيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد
برضا البايع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع يكون المبيع قائما ولا يمكنه الرد
وان رضي به البايع فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لامتناع الرد بسبب الزيادة لا باكتساب
الباقي فكان الحال بعد البيع كالحال قبله وقبله له ان يرجع بالنقصان على كل حال فهنا بدونها
اي بدون الزيادة يعني الفسخ في الاصل اي المبيع لا يمكن بدون الزيادة لانها لا تنفك عن الاصل ولا وجه
اليه اي الى الفسخ معها اي مع الزيادة لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد الفسخ عليها ضرورة اذ فسخ العقد
رفعه فلا يرد على ما لا يرد عليه العقد • **فان قيل** يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن
والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية • **قلنا** ثم فسخ العقد في الزيادة ممكن لان الزيادة تبع
محض باعتبار التولد والتفرع منه والاتصال به • وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة
نوعان متولدة منه كما ذكرنا وهي تمنع الرد كما مر وبه قال الشافعي واحمد ومالك ومتصلة غير متولدة
منه كالصبغ والخياطة واللت والغرس والبنا وهي تمنع الرد بالاتفاق وعند الشافعي واحمد لا تمنع كالسمن
والجمال والمنفصلة نوعان متولدة منه كالولد واللبن والثمر والارش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها
تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال ويكون هو الخيار ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضي بهما بجميع الثمن قبل
القبض وبعده رد المبيع خاصا بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض
وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا
وبه قال الشافعي واحمد • وكذا قالا في المتولدة المنفصلة لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشتري
وقال مالك ان كانت الزيادة ولدا رده مع الاصل وان كانت غيره امسكها ورد الاصل وكذا في ساير
الزوايد • والفرق لنا بين الولد والكسب ان الكسب لا يمنع الرد لانه ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهي
غير الاعيان • والولد تولد من المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربا لانه يبقى في يده
بلا عوض في عقد المعاوضة والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله كذا في الفوائد الظهيرية
وشرح الطحاوي وجامع قاضي والكافي • ولو هلكت الزيادة بافة سماوية يثبت له الرد كانها لم تكن وبه قال
الشافعي قبل الحكم بالارش • وقيد بقوله صبغه احمر لتكون الزيادة بالاتفاق واما السواد فعندهما زيادة
وعند ابي حنيفة نقصان كالقطع • وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد باي سبب كان بالاتفاق الا ان
النقصان لو كان بفعل الاجنبي حتى وجب الارش يرجع بالنقصان وليس للبايع ان يقبله كذلك لان امتناع الرد
هنا لحق البايع من حيث ان الرد اضرار به ولحق الشرع باعتبار الربوا لان الرد في الارش غير ممكن لان العقد لم يرد
عليه ورد المبيع بلا ارش متعذر ايضا لان الارش في يد المشتري بلا عوض في عقد المعاوضة فيكون ربا اما
لو كان النقصان بفعل المشتري او بافة سماوية للبايع ان يقبله كذلك لما ذكرنا • **قوله** وليس للبايع
ان ياخذه اي المبيع لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه اي امتناع الرد لحق الشرع لا لحق البايع وهو شبهة الربا
لما ذكرنا ان الزيادة تبقى في يد المشتري بلا عوض في عقد المعاوضة فلا ترتفع المانع برضا البايع بخلاف الفصل
الاول لان القطع نقصان ولهذا لو غصب ثوبا فقطعه لا ينقطع به حق المالك فكان لحق البايع وقد سقط
حقه برضاه كذا في جامع قاضي خان • **قوله** فان باعه اي الثوب المصبوغ او المخيط قبله اي قبل بيع المشتري
للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري فلا يكون اي للمشتري حابسا فيرجع بالنقصان وقد نقلنا الاصل من الفوائد

والمبسوط وعن هذا اي كون المشتري حابسا لا يرجع بالنقصان ولو لم يكن حابسا وامتنع الرد لمعنى آخر يرجع
به قالوا مسئلتين في الاول وهو اذا قطعه لولده الصغير قبل الخياطة لانه بالقطع له يكون واهبا له وقابضا
لاجله فتتم الهبة بقطعه فصار كما لو قطعه وباعه قبل الخياطة فيصير حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان وبه
قال الشافعي في الاصح • وفي الثاني اي فيما اذا اشتراه لولده الكبير فقطعه وخاطه لا تتم الهبة لانه كبير
وكانت الخياطة على ملكه فامتنع الرد في ملكه بسبب الزيادة بالخياطة ولم يتفاوت بعد ذلك
ان اخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة او لم يخرجه في جواز الرجوع بالنقصان كما لو باع المشتري الثوب الذي •
خاطه لنفسه او صبغه بعد العلم بالعيب فان بيعه ذلك لا يمنع الرجوع به فكذلك ههنا وذكر الخياطة في
الصورة الاولى وعدمه بمنزلة لانه انقطع حق الرد بمجرد القطع قبل الخياطة الا ذكرها لمقابلة الصورة •
الثانية • **قوله** والامتناع اي امتناع الرد حكمي اي يثبت حكما للموت كما في الخياطة والصبغ لا بفعله اي
بفعل المشتري كالبيع والقتل وفيه اشارة الى ان امتناع الرد لو كان بفعله يمنع الرجوع بالنقصان كما لو باعه
او قتله **فان قيل** يشكل على هذا ان صبغه احمر حيث يرجع بالنقصان ولا شك ان الصبغ بفعله
قلنا نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة بسبب ذلك الفعل وكان الامتناع لحق
الشرع وهو شبهة الربوا فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر وفي الكافي وهو قول الشافعي ولكن •
ذكر في كتبهم انه يرجع وبه قال احمد كما قلنا في الاستحسان وجه القياس ان تعذر الرد بفعل المشتري فصار
كما لو قتله وهذا لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد فيه كان حابسا له حكما فكانه في يده حبسها ويريد الرجوع
كذا في المبسوط وفي الاستحسان يرجع وبه قال الشافعي واحمد لان الملك اي اتمامه • وفي المبسوط العتق منه
للملك كالموت لان الملك في الادمي الى وقت العتق يعني يثبت الملك مع منافاة الدليل معينا الى وقت العتق •
والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من اثار الملك
فبقاؤه مع بقاء الاصل فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك له المستفاد بالشراء حقيقة وحكما رجع بالنقصان •
لانه استحق ذلك بصفة السلامة كما لو تعيب في يده توضيحه ان بالموت يرجع لانتهاء مدة حياته بالموت والملك
في المبيع باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهي الرق والملك والمالية كذا في المبسوط وهذا اي جواز الرجوع •
بالنقصان عند الانتهاء بمنزلة الاعتاق فانهما وان كانا لا يزيلان الملك لكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا
للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة وحكما فيرجع بالنقصان •
لانه استحق المبيع بوصف السلامة كما لو تعيب عنده كذا في الكافي • وهذا معنى قول المصنف لانه تعذر النقل
الى اخره • وقوله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق • وقوله بالامر الحكمي احتراز عن القتل ولا خلاف
للشافعي ان الاستيلاد بمنزلة الاعتاق حتى لا يمنع من الرجوع ولكن التدبير يمنع الرجوع عنده لان بالتدبير
قابل للنقل والرد عنده • **قوله** وان اعتقه على مال لم يرجع وكذا الوكاتبه لانه اي المشتري حبس بدله
اي بدل المبيع وازال ملكه عنه بعوض فصار كالبيع وفي البيع لا يرجع فكذا ههنا • وعن ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف والشافعي واحمد انه يرجع لانه اي العتق على مال انهاء للملك اي منه للرق سواء كان بعوض او بغير
عوض ولهذا ثبتت الولاية في الوجهين كذا في المبسوط والكافي • ولو ابق ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان
عند ابي حنيفة ما دام حيا وبه قال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع اذ المصير
الى الخلف عند الياس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع وبه قال الشافعي في وجه لتحقق العجز في الحال
والرد موهوم والموهوم لا يعارض الموجود • **قوله** وعن ابي يوسف انه يرجع ومحمد معه في رواية
الينابيع وبه قال الشافعي واحمد لا يتعلق به ان يقتل المولى حكم دنياوي من القصاص والدية وصار
كالموت حتف انفه لان المقتول ميت باجله فيكون انهاء للملك كالموت كذا في المبسوط وجه الظاهر

اي ظاهر الرواية ان القتل فعل مضمون لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل ولهذا
لو باشره في ملك غيره كان مضمونا واذا استفاد البراءة عن الضمان ههنا بملكه فيه وذلك في معنى
عوض سلم له فكانه باعه بخلاف الاعتاق ولانه ليس بفعل مضمون في ملك الغير على الاطلاق لان عتقه
في ملك الغير لا ينفذ ومن احد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا حتى اذا كان معسرا لم يضمن •
شيئا فكان بالاعتاق لم يستفد شيئا عن ملكه حقيقة وحكما فلا يمنع الرجوع وهذا معنى قوله
فيصير كالمستفيد به اي بملك العبد عوضا وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد وسلامة الدية
للمولى على اعتبار الخطأ فصار المشتري بقتله استفاد سلامة نفسه او سلامة الدية فصار كانه
اخذ عوضا بازالة ملكه بالقتل كما لو باع واخذ الثمن كذا في المبسوط عندهما اي عند ابي يوسف •
ومحمد يرجع وبه قال الشافعي واحمد وفي الخلاصة والفتوى على قولهما حتى يحرق فعندهما يرجع وبه
قال الشافعي واحمد لانه اي المشتري صنع فيه ما يقصد بشرائه وهو الاكل ويعتاد فعله اي الاكل واللبس •
يعتاد فيهما بين الناس واحترز عن الاستهلاك والقتل فانه غير معتاد فاشبه الاعتاق ومن حيث انه انهاء
للملك فيه بفعل مقصود كالاعتاق وفي المبسوط شراؤهما للاكل واللبس معتاد بين الناس فلا يمنع •
الرجوع لانه جعل وجود هذا الفعل وعدمه بمنزلة كما لو هلك من غير صنع احد وهذا لان الفعل في
ملكه لا يوصف بالتعدي فلا يكون سبب ضمان حتى يجعل كالمعاوضة بخلاف الاحراق والاستهلاك
والاحراق والقتل • واما قوله مضمونا فلان اللبس والاكل موجبان للضمان عليه في ملك الغير وانما
استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل فذلك بمنزلة عوض سلم له فلا يرجع • **فان قيل** يشكل هذا
بالقطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير ويرجع مع ذلك بالنقصان • **قلنا** انما
امتنع الرد ثمه لحق الشرع لا بفعله ولا كذلك ههنا لانه امتنع بفعله لا لحق الشرع • وقوله ولا معتبر •
بكونه اي بكون الاكل واللبس جواب عن قولهما انه صنع فيه ما يقصد بشرائه يعني كان الاكل واللبس •
مقصودين بالشراء فالبيع مقصود به ايضا مع انه يمنع الرجوع فكذا الاكل كذا في المبسوط فكذا الجواب
عند ابي حنيفة يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان كشيء واحد ولهذا رؤية بعضه كرؤية كله
فصار كبيع بعضه فلا يرجع • وعنهما اي عن ابي يوسف ومحمد روايتان في رواية يرجع بالنقصان في الكل
وبه قال الشافعي واحمد لان الطعام شيء واحد فلا يرد بعضه دون البعض واكل الكل لا يمنع الرجوع
فكذا اكل البعض بل اولى • وفي رواية يرد ما بقي ويرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام مما لا يضره التبعيض
وكان قادرا على الرد كما قبضه كذا في المبسوط والكافي وفي شرح المجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي
ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه • وقال محمد يرد الباقي وان لم
يرض البائع لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره ويرجع به فيما اكل لتعذر رده وبعد بيع البعض عنهما روايتان
في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فبيع الكل كبيع البعض وفي رواية يرد
ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط وفي
المجتبى في جمع البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى • ولو اطعمه ابنه الكبير او الصغير
او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق
اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فاكله
ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط
خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضى به ••
قوله فان لم ينتفع به اي بالمبيع كالقرع اذا وجده مرا والبيضة اذا وجدها مذرة كذا في جامع قاضي

خان وفي المبسوط وكذا القرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة بعد الكسر فان كان لا يساوي شيئا يرجع بكل الثمن لانه تبين بطلان البيع لعدم المالية اذ المال ما ينتفع به في الحال او في ثاني الحال فاذا كان لا ينتفع به اصلا لا يكون محلا للبيع فيبطل البيع وبه قال الشافعي واختاره المزني وصاحب التهذيب وهو الاظهر وان كان يأكله بعض الناس او يصلح لعلف الدواب يرجع بالنقصان وفي الذخيرة قال الامام الحلواني يريد بما ذكر في الكتاب انه يرده ويرجع بجميع الثمن اذا وجده خاويا او منتن اللب او وجد البيض مذرا ❁ اما اذا وجده قليل اللب او لم يكن مكتنزا فهو من باب العيب وقد تعذر الرد بسبب الكسر فيرجع بالنقصان الا ان يأخذه البائع مكسورا برضاه وهذا اذا كسره ولم يعلم بالعيب اما لو كسره وهو عالم بالعيب صار راضيا به فيبطل حقه من كل وجه ❁ قالوا ثم ما ذكر في الكتاب يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره ❁ وفي الجوز انما يستقيم اذا لم يكن لقشره قيمة اما لو كان له قيمة بان كان في موضع يعز الحطب اختلف المشايخ فيه ❁ **قيل** يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد في القشر صادف محله ❁ **وقيل** يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فتبين ان العقد وقع باطلا واليه اشار الامام السرخسي وصاحب الهداية حيث قال ولا معتبر في الجوز الى اخره فكانه احترز به عن قول من قال يرجع بحصة اللب والجواب في القثاء والبطيخ كالجواب في الجوز كذا في الكافي ❁ وقال الشافعي يرده اي اذا كسر مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب وفي كتبهم فيه قولان في قول لا يرده وهو اختيار المزني وقول ابي حنيفة ❁ وفي قول له الرد ولا الارش كانه لبس من البائع تلبيس فانه لا يعلم باطنه ❁ **وقلنا** ان المشتري انما بذل السلم في مقابلة التسليم ولا يمكن ان يلزم جميع الثمن في مقابلة المعيب لانه اضرار به ولو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه فللشافعي طريقان اظهرهما انه لا يجوز له الرد قولا واحدا وهو قولنا لان الكسر عيب ❁ والثاني انه على القولين ❁ وعلى قول له الرد هل يغرم ارش الكسر فيه قولان احدهما يغرم ❁ والثاني لا يغرم لانه معذور اذ البائع سلطه عليه كذا في شرح الوجيز بتسليطه اي بتسليط البائع فصار كانه فعله ورضي به وهذا لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفته سوى الكسر فلا يصير ذلك مانعا حقه في الرد كذا في المبسوط لانه في ملكه اي ملك البائع معناه ان البائع رضي بالكسر في ملك نفسه لانه في ملكه فيجب رعاية الحقين وذلك في الرجوع دون الرد كما كان ثوبا فقطعه فانه يرجع بالاجماع رعاية لحقهما مع ان القطع حصل بتسليط البائع الا ان يرضى البائع ان يأخذه مكسورا ولو وجد بعض الصفقة قبل الكسر رده بالاجماع لامكانه هذا اذا وجد كله فاسدا ولو وجد بعضه فاسدا وهو قليل جاز استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتباره فات بيعه عادة ❁ وفي القياس يفسد لان الثمن لم يفصل ❁ ولو كان الفاسد كثيرا في النهاية اراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا الكثير الذي هو ما زاد على النصف فانه ذكر في الذخيرة اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحدة او اثنتين او ثلاثة مذرة لم يرجع بشيء وجعل الثلاثة في المائة قليلا ❁ ولو اشترى عشرة جوزة ❁ فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه ❁ **قيل** يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع ❁ **وقيل** يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل ❁ **وقيل** العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع ❁ وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة ❁ **قوله** لانه فسخ من الاصل اي فسخ من كل وجه لانه تعذر اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث لانتفاء الرضا بمنزلة الرد

قبل القبض وصار كما لو وهبه ثم رجع بالقضاء وغيره فانه يرده على بائعه اليه اشير في المبسوط وفي الايضاح خرج المبيع عن ملكه ثم فسخ ذلك بالرد بالعيب فسخ في الاصل في حق الكل وبعد القبض ان كان بغير قضاء فهو فسخ في حقهما بيع جديد في حق ثالث والفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء ❁ فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى في القبض الا ان حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ فجاء من هذا ان له حق الفسخ في باب الرد بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة قد تمت وتناهت بالقبض وانما يثبت لغيره وهو استدراك حقه في السلامة فلو حصل الفسخ بالقضاء ظهر اثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ❁ ولو كان بالتراضي ظهر الفسخ في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط فانه يكون فسخا في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت اصلا لان جهالة الوصف حال عدم الرؤية سلب وصف اللزوم عن العقد واثبت له حق الفسخ وكذا خيار الشرط ❁ واذا كان الخيار حقا له كان بالفسخ مستوفيا ما كان حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولهذا لا يتوقف على القضاء ❁ **فان قيل** ينتقض هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل بمسائل اصلها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ❁ ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل لبطل حق الشفيع لبطلان العقد من الاصل ❁ والثانية ما اذا باع امته الحبلى وسلمها ثم ان المشتري طعن فيها بعيب فردها بالقضاء ثم ولدت ولدا ثم ادعاه ابو البائع لا تصح الدعوة ❁ ولو كان الرد فسخا من الاصل لصحت دعوته كما لو لم يبعها الابن والثالثة ما لو احال غريمه بالثمن على المشتري ثم المشتري رد العبد بالعيب بالقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الحوالة ❁ **قلنا** قد ذكر محمد في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى وجعل كان الواهب لم يزل عن ملكه اذا ثبت هذا الاصل تخرج عليه تلك المسائل ❁ اما مسألة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسألة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وانه معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بالقضاء فسخ وجعل كان العقد لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان الفسخ بدون العقد لا يتصور فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام الفسخ من الاصل لانعدام ما ينافيه ولكن يقال العقد جعل كان لم يكن على التفسير الذي قلنا كذا في الفوائد الظهيرية ❁ وقال الشافعي انه فسخ من حين الرد وهو قياس مذهب مالك واحمد سواء قبل القبض او بعده لان العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى فكذلك الفسخ ولهذا كانت الزوائد الحاصلة من المبيع للمشتري وجوابه ما ذكرنا فجعل البيع كان لم يكن فيما يستقبل لا فيما مضى والدليل عليه انه اذا وهب مالا قبل تمام الحول ثم حال الحول ثم رجع الواهب بعد الحول لا يجب الزكوة فيما مضى وفي الكافي اما في الرد بالبينة فلانه فسخ في حق الكل لتعذر جعله بيعا جديدا لانتفاء الرضا من المشتري الاول بالفسخ والبيع الجديد لا يتراضيهما فاذا كان فسخا صار الحال بعد الفسخ كالحال قبل البيع ❁ **وقيل** بيع المشتري الاول له الرد على البائع بالعيب القديم كذا هنا ❁ **فان قيل** لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب ❁ **قلنا** المسألة فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول ورده عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره بل بالقضاء والرد عليه جبرا كالرد قبل القبض في انه فسخ محض فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا ❁ **قوله** غايته الامر انه اي المشتري انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء وفي المبسوط هذا اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول اما اذا اقام البينة

ان العيب كان عند المشتري الاول لم يذكرنا الفصل في الجامع وانما ذكره في الاصل فقال ليس للمشتري الاول ان يخاصم مع بايعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما اقر من كون الجارية سليمة وقت شرائه من البايع الاول لان المقر انما يصير مكذبا في اقراره اذا قضي عليه بالبينة على خلاف ما اقر به ولم توجد ههنا قضا على خلاف ما اقر به ولم توجد ههنا قضا على خلاف ما اقر فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا تثبت له ولاية الرد • **قوله** ومعنى القضا بالاقرار وانما احتاج لهذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار لا يحتاج الى القضا بل يرد عليه باقراره بالعيب • وفي الفوايد قال بعض مشايخنا الجواب في فصل البينة والنكول محمول على ما اذا كان المشتري ساكتا فان البينة على الساكت مسموعة والساكت يستحلف ايضا لانه نزل منكرا اما اذا انكر المشتري الاول كون هذا العيب عنده ثم كان الرد بالبينة او النكول فعلى قول محمد ليس له ان يخاصم بايعه لمكان التناقض • وعلى قول ابي يوسف له ذلك لتكذيب القاضي اياه بالبينة وعامتهم قالوا ان سبق منه جحود نصا بان قال بعتها وما بها هذا العيب • وانما حدث عندك ثم اقر به بعد ذلك وابى القبول والقاضي اجبره على القبول لم يكن له ان يخاصم بايعه وفي الكافي قال زفر لا يعتبر فسخا في حق البايع الاول حتى لا يرد عليه لان القاضي مضطر الى القضا وهذا الاضطرار جا منه باقراره او نكوله فانتقل فعل القاضي اليه لان فعل المكره ينتقل الى المكره واذا انتقل صار كانه باشر بنفسه • **وقلنا** فعل المكره انما ينتقل اذا صلح الة للمكره كما في القتل فانه يمكنه ان ياخذه ويضربه عليه • والقاضي لا يصلح في حق القضا بالفسخ الة له لان الفسخ يكون بالكلام والكلام لا ينتقل الى المكره لان التكلم بلسان الغير لا يتصور ولهذا قلنا ان المكره على العتق اذا اعتق نفذ العتق منه وكان الولا له وان لم يصر القاضي في حق الفسخ منقولا اليه لم يصر المشتري الاول مباشرا للفسخ حقيقة وحكما • وقوله هذا اشارة الى قوله له ان يرده من حيث المعنى اذ تقديره والبيع الاول قايم بنفسه فلم ينفسخ البيع الاول بفسخ البيع الثاني بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب يكون ردا على الموكل حتى لا يحتاج الوكيل الى الخصومة مع الموكل لاتحاد العقد وتعدده ههنا • وبهذا صرح فخر الاسلام في جامعه وفيه له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين • ولا يرده المامور مع الاقرار وبه قال الشافعي لان اقرار المامور لا يسع على الامر • وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضا يلزمه خاصة سوا كان ذلك في عيب يحدث مثله او لا يحدث لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما • **قوله** فان قيل للمشتري الاول بغير قضا برضاه لا يرده على بايعه لانه اي لان الرد بعد القبض بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبايع الاول ثالثهم ولهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة لانه ثالثهما فصار كان المشتري الاول اشتراه ثانيا مما باع فلا يكون له حق الخصومة لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان كذا في الكافي • وقال الشافعي يرده كما في الرد بالقضا لانه زال التعذر الذي كان وتبين انه لم يستدرك الضرر بالظلامة والمبيع قايم في يده بصفته وعلى هذا لو باعه من غيره ثم اشتراه ثانيا ثم اطلع على عيب قديم ولم يكن قد اطلع له الرد عنده لما ذكرنا كذا في كتبهم واصله ان الرد بالعيب يرفع العقد من اصله نص الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا او القضا ولكنا قد ذكرنا الفرق فيما مضى تامل • **فان قيل** يشكل هذا بمسلة ذكرها في المحيط ناقلا عن المنتقى وهي ان من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من اخر ثم وجد المشتري الاخير بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضا فانه يرده على بايعه • **قلنا** لا يشبه الصرف العروض لان الرد في العروض جعل بيعا جديدا في حق الثالث وهو البايع الاول وههنا لا يمكن ان يجعل بيعا جديدا لان الدينار لا يتعين في العقود فكان البيع الثاني لم يكن في الدينار الذي اشترى فكان للجندي • وفي الكافي البيعان ههنا واحد لان العيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون العيب ملك البايع فاذا رده

على المشتري يرده على بايعه • اما ههنا البيعان موجودان فاذا قبل بغير قضا فقد رضي بالعيب فلا يرده على بايعه • **قوله** وبهذا اي موضع الجامع الصغير المسلة في الذي لا يحدث كالاصبع الزايدة والسن الشاغية يتبين لك ان الجواب فيما يحدث كالمرض والسعال وفيما لا يحدث سوا في عدم الخصومة مع البايع اذا قبله بغير قضا وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البايع الاول كان اولى ان لا يتمكن من الرد فيما يحدث مع احتمال انه حدث عند المشتري فهذا هو فايدة وضع الجامع وهو الصحيح يرجع اي يرده سوا قبله بقضا او بغير قضا للتيقن بوجوده عند البايع الاول وقد فعلا بغير القضا ما يفعله القاضي لو رفعا الامر اليه لان الرد متعين في هذا فجعل فعلهما كفعل القاضي كذا في الكافي • **قوله** حتى يحلف البايع او يقيم البينة وفي الفوايد الظهيرية بعدما ذكر رواية الجامع كما ذكر ههنا وفي هذا التركيب نظر لانه جعل الحلف غاية لنفي الاجبار على ادا الثمن ونفي الاجبار لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر وامكن تصحيحه بتقدير الخبر المذكور ثانيا فيكون معناه ويقيم المشتري البينة فيستمر على عدم الاجبار بل اولى ان يدرج لفظ عام يدخل تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار فحينئذ لا يحتاج الى تقدير الخبر المذكور ثانيا كما في قوله علفتها تبنا وما باردا فانه يمكن اي يجعل العلف في معنى فعل عام يدخل تحته العلف والسقي وهو اطعمتها فلا يحتاج الى ادراج وسقيتها ماء باردا اذ الاطعام يستعمل بمعنى السقي كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الملة والدين • وقال الشيخ الامام ركن الدين الافسنجي لا بد ههنا من تاويل قناول لا يجبر فينتظر لان الانتظار لازم عدم الجبر فيكون معناه لا يجبر بل ينتظر حتى يحلف او يقيم البينة فتعين الحلف والبينة غاية الانتظار وانما قيد بالقبض لان المشتري يستبد بالفسخ قبل القبض كما ذكرنا الاجبر ههنا ولا خلاف في هذه المسلة ظاهرا لانه اي المشتري تعين حقه في المبيع فلا يتحقق التسليم فيكون منكرا التسليم فلا يجبر بدفع الثمن • **فان قيل** الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق • **قلنا** وان كان ما ادعاه المشتري موهوما لكن فيه صيانة القضا عن النقض لانه يمكن ان يقيم المشتري البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضا • وفي عدم الجبر صون القضا عنه وسعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود ولهذا لو عجل زكوة ماله قبل الحول الى الساعي لا يسترد لاحتمال انه يكون زكوة بقا المال في يده كذا في فوايد الكافي ولان الموجب للجبر لا نسلم انه متحقق اذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق وههنا قبض الحق غير متعين لانكاره • **قوله** لانه اي المشتري على حجته حتى لو حضر شهوده كان له سبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البايع بالحجة وفي اقامة البينة ويبطل القضا على ادا الثمن لان القاضي نصب ناظرا لمصالح المسلمين • **فان قيل** ينبغي ان لا يبقى المشتري على حجته بعد الجبر باداء الثمن لان القضا ينفذ ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة مع ان فيه صيانة القضا عن البطلان • **قلنا** القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم ما ذكرتم وفي هذا القول دلالة على ان اقامة البينة بعد يمين المدعى عليه معتبرة • وقد ذكر التمرتاشي في جامعه فقال في ادب القاضي قال رجل لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة يقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا يقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف قول • وفي جمع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان اما لو قال ليس لي بينة حاضرة ثم اتى ببينة يقبل في الروايات كلها • وفي روضة القضا قال بينتي غيب فاحلفه فان حلف ثم جا بالبينة يحلف في قولهم جميعا • وفي جامع شمس الايمة وقال شهودي بالشام فامهلني حتى تحضر شهودي واتيك بكتاب حكمي لم يلتفت القاضي الى كلامه ولكنه يامر بدفع الثمن اذا حلف البايع بعدما طلب المشتري يمينه • وان كان فيه احتمال انتقاض القضا لان في الانتظار ضررا بالبايع لان التاخير

الى غاية معلومة يجري مجرى الابطال ولا يعرف انه صادق ام كاذب وليس في الدفع زيادة ضرر
المشتري فانه يبقى على حجته والسبب الموجب لاداء الثمن موجب ثابت معلوم وما يدعيه المشتري موهوم
والموهوم لا يعارض المعلوم وكذا في جامع البكري بخلاف ما اذا قال شهودي حضور لان الامهال
هاهنا الى المجلس الثاني لكشف الحال ليس بطل حق البايع وفيه صيانة القضاء عن النقص ايضا وفي المجتبى
لو قال بينته حاضرة على العفو يوجل ثلثة ايام كالاموال وكذا اذا قال غايبة يوخر استحسانا ولو
قال بينتي في مجلس القضاء لا يحلف ولو قال في المصر دون المجلس لا يحلف عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
وقول محمد مضطرب • **وقيل** الغيبة مسيرة السفر ولو قال احضر بينتي الى ثلثة ايام اجل ثلثة
ايام • **وقيل** اجل مقدار ما يمكن احضاره • اما اذا نكل اي البايع لانه اي النكول في الحدود
والقصاص فانه ليس بحجة فيهما بالاجماع • وفي النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة فانه ليس
بحجة فيها • **قوله** لم يحلف البايع الى اخره وبه قال الشافعي وفي الفوايد فرق بين هذا وبين ما اذا
ادعى على اخر دينا فان القاضي يامر المدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين وكان السلامة
عن العيب اصل والعيب عارض فكذا سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل به عارض والفرق انه لو
شرط قيام الدين في الحال لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احيا حقه لانه ربما يتعذر عليه
اقامة البينة على ثبوته • ولو شرط قيام العيب لاستماع الخصومة لا يتعذر توسل المشتري الى حقه
لان العيب مما يعرف باثار تعاين او بالرجوع الى قول الاطبا المعدلين او الى قول القوابل • **فان**
قيل البينة انما تقبل عن المدعي وليس بمدعي لان العيب في يد بل المدعي هو الذي يدعي ان العيب في
يد البايع • **قلنا** المشتري مجبور لاحيا حقه ولا يتمكن منه الا باقامة البينة على انه وجد في يده
فصار من تمة اقامة البينة ان كان عند البايع وانما عين المسئلة في الاباق وكذا الحكم في الجنون والسرقة
والعيوب التي لا تشاهد ليبتنى عليها مسئلة التحليف لان المشتري اذا اشترى عينا فهو على اربعة اوجه
ما يدعي عيبا ظاهرا في المبيع كالعمى والاصبع الزايدة والسن الشاغية اي الزايدة وما يدعي باطنا لا يعرفه
الا الاطبا كوجع الكبد والطحال او عيبا يطلع عليه النسا كالرتق والقرن او عيبا لا يعرف الا بالتجربة
والاختبار كالاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون ففي الاول يسمع القاضي دعوى المشتري بدون اثبات
العيب لان القاضي يتيقن بوجود العيب عند البايع فيرده الا اذا ادعى البايع الرضى والابراء ويقيم البينة
وان لم يقم البينة يستحلف المشتري على الابراء لرجاء النكول وهذا في عيب لا يحدث مثله فان كان حدوثه
يتصور • فان اقر البايع بوجوده عنده رده الا اذا ادعى الرضا والابراء ويكون هذا والوجه الاول سواء
وان كان العيب باطنا فان اقر البايع بوجوده عنده يرده او اقام المشتري البينة او نكل البايع عن اليمين
يرده ايضا الا اذا ادعى الرضا او الابراء ولو انكر قيام العيب للحال يريه اهل العلم بذلك والواحد يكفي والاثنان
احوط يعني يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي • ولو كان عيبا لا يطلع عليه الرجال يريه النسا والواحدة
يكفي والاثنان احوط • فان كان بعد القبض لا يرد بقول النسا بالاتفاق بل يحلف البايع وان كان قبل القبض
ذكر الخصاف ان على قول ابي يوسف يرده من غير يمين وقال محمد يرده بحلف البايع واما الوجه الرابع وهو
الاباق والسرقة فالقاضي لا يسمع دعواه حيث يثبت وجود هذه العيوب عند المشتري الان في الاباق
والسرقة والبول في الفراش يعتبر اتحاد الحالة لصحة الدعوى وفي الجنون لا يشترط فان اقام المشتري بينة
بوجودها عند البايع رده وان لم يكن له بينة يستحلف على البتات الا اذا ادعى الرضا او الابراء • وفي
المبسوط يستحلف في الجنون على البتات ايضا في ظاهر الرواية الا ان في الجنون يستحلف بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب قط لما بينا ان الجنون في الصغر والكبر عيب لازم ابدا او عند بعض المتاخرين من

مشايخنا

مشايخنا من لا يشترط عود الجنون في يد المشتري لتوجه الخصومة لان اثر قائم بعد انقلابه ويظهر ذلك في
حماليق عينيه وذلك يكفي لتوجه الخصومة بخلاف الاباق والسرقة فان اثرهما لا يكون فلا بد من عوده عند
المشتري انه اي العبد المبيع ابق عنده اي عند المشتري لان شرط سماع الخصومة قيام العيب في الحال في العبد
والمراد بالتحليف اي يحلف البايع على انه لم يابق عنده اي عند البايع يعني ان المشتري اذا ادعى وقال يعني
ابقا لم يحلف البايع انه لم يابق عنده يعني اذا اقام المشتري بينة على وجود العيب في الحال او اقر البايع به
وقوله لان القول قوله اي قول البايع لانه منكر الاباق ودليل على قوله لم يحلف حتى يقيم البينة ولكن انكاره
اي انكار البايع قيام العيب به اي بالعبد لما ذكرنا انه شرط سماع الخصومة قيام العيب في الحال ومعرفته
اي معرفة قيام العيب ما له اي للمشتري وما به اي بالعبد لان فيه اي في المذكور وهو قوله بالله لقد باعه
وما به هذا العيب • وقوله بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب والاول وهو قوله بالله لقد باعه
وما به هذا العيب • وقوله بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ذهول اي غفول عنه اي عن العيب
الحادث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والبايع بقوله لقد باعه وما به عيب بار في يمينه لان
الحادث بعد المبيع قبل التسليم لا يدخل فيه • والثاني وهو قوله باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه
اي تعلق الحنث بالشرط وهو قيام العيب وقت البيع ووقت التسليم فلا يدخل العيب الحادث بعد البيع قبل
التسليم وكان غرض البايع من هذا اليمين عدم وجود العيب في الحالين جميعا فاذا وجد في حالة كان بارا
لان الكل ينتفي بانتفاء الجزء فيتضرر به المشتري فكان قوله يوهم اشارة الى تاويل البايع ذلك في يمينه او بقوله
قوله وما به هذا قالوا وفيه للحال فيوهم ان يؤول انه حال احدهما لا حالهما جميعا وانما قال يوهم اشارة الى
ان تاويل البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكن يوقعه في وهم الصحة للوجه الذي ذكرنا وانما قلنا ان تاويله
ليس بصحيح لما ذكر في المبسوط في هذه المسئلة قال فان لم يكن للمشتري بينة حلف البايع البتة بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب • وانما يذكر التسليم لجواز ان يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم الا ان
المشايخ قالوا النظر للمشتري يتعدم اذا استحلفه بهذه الصفة فان العيب لو كان حادثا بعد العقد فله
ان يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد اليه ولم يكن به هذا العيب قال والاصح عندي الاول لان البايع
ينفي العيب عند المبيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه • اذا لم يكن العيب متيقنا في الحالين • **فان قيل** في
دعوى الاباق والسرقة ينبغي ان يحلف على العلم لان هذا تحليف على فعل الغير لانهما فعل العبد • **قلنا**
لما كان العبد في يد المولى وملكه جعل كان فعل العبد فعل المولى فيحلف على البتات لان الظاهر ان المولى
عالم بهما كذا في فوايد الكافي وقال الامام الحلواني لما ضمن البايع تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما
ضمن نفسه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما
اذا ادعى ان له علما بذلك يحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعة قال
له ويحلف على البتات لادعايه العلم وكذا الوكيل ببيع العبد لو قال قبض الموكل الثمن عينه بعته لكونه
بحكم الوكالة يحلف على البتات لادعايهما العلم وان القبض فعلا لغيرهما • قال الامام ظهير الدين
هذا لا يقوى بمسئلتين • احديهما باع رجلين عبدا من اخر بصفقة واحدة ثم مات احدهما وورثه
البايع الاخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد
وان كان يدعي العلم بانتفاء العيب • والثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى
المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغايب وان ادعى ان له
علما بذلك وقال الامام السرخسي يحلف على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود
عليه سليما كما التزمه وهذا بعينه جواب الامام الحلواني فيتناوله اي الحالف تعلق الحنث في اليمين •

حوط

عند قيامه اي قيام العيب على عنده اي عند نفسه وهو المشتري ابو عنده اي عند المشتري
واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة • قيل يحلف عنده ايضا • وقيل لا يحلف وهو الاصح فكذا
يترتب التحليف يعني صحة التحليف يترتب على اقامة البينة ففي كل موضع تصح اقامة البينة يصح فيه
التحليف وههنا تصح اقامة البينة من المشتري فكذا يصح التحليف • وله اي لابي حنيفة على ما قاله البعض
اي بعض المشايخ ان التحليف لا يصح وان صح اقامة البينة لان شرع التحليف لقطع الخصومة فلا يصح الا
من خصم والبايع ليس بخصم • قيل ثبوت العيب دعوى صحيحة وههنا غير صحيحة لان صحتها من الخصم ولا
خصم لما وفي هذا اشارة الى انه لا يشترط لترتيب البينة على الدعوى كونها صحيحة بل تقوم البينة
فيما لا دعوى فيه اصلا كالحدود فاولى ان تقوم البينة عند فوات صحتها وكذا تصح اقامة البينة على
انه وكيل او وارث فلان بلا دعوى ولا يصير اي المشتري وهو المدعي خصما فيه اي فيما ذكرنا الا بعد قيامه
العيب عنده اي عند نفسه • وفي الكافي والاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا
لاثباتها ولو حلف البايع لما انقطع الخصومة تحدث بينهما خصومة اخرى ان هذا العيب كان
عند البايع اولا ويحتاج الى الاستحلاف مرة اخرى • وعندهما لما ادعى معنى لو اقر به لزمه فاذا انكر
يستحلف رجاء النكول كما في ساير الاموال اذ النكول اقرار لكنه يستحلف على العلم لانه على فعل الغير
وهو العبد فاذا نكل اي البايع عن هذا اليمين يستحلف ثانيا للرد على الوجه الذي ذكرنا اي على البتات
مبلغ الرجال لانه لو حلف مطلقا يضيع حق البايع لان الاباق لو كان بعد البلوغ والبيع في الصغر لا يوجب
الرد والبايع لا يعلم هذا الحكم فيمتنع عن الحلف ويرد المشتري مع انه ليس له الرد فيتضرر البايع ولو
اراد المشتري الرد ولم يدع البايع عليه شيئا سقط حق الرد لم يحلف المشتري عليه لان التحليف
لقطع الخصومة وفيه انشاؤها • وعند ابي يوسف يحلف عليه صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك
في ثاني الحال • وفي جمع البخاري عن ابي يوسف يحلفه بالله ما علم بالعيب حين اشتراه وما رضي به ولا
عرضه على البيع واكثر القضاة يحلف بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه نصا
ولا دلالة وهو الصحيح واحب الي ان يستحلفه وان لم يدع • ولو ادعى سقوط حق الرد يحلف المشتري بالاتفاق
وفي شرح قاضي خان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث مثله يقضي بالرد وان كان مما يحدث
واختلفا في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار • والقول للبايع لانكاره الخيار ويحلفه
على البتات وان كان مما لا يشاهد كالعيوب الباطنة والافعال الردية يسأل البايع هل به هذا العيب
الآن فان جحده فلا خصومة حتى يقيم المشتري البينة عليه ولو استحلفه يستحلفه على العلم فان نكل او اقر
او قامت بينة فعلى التفصيل الذي بينا • اشترى جارية بالغة وادعى انها خنثى يحلف البايع انه مما لا
ينظر اليه الرجال والنساء • وجد به عيبا فقال له البايع بعه فان لم يلزمه لانه عرض على البيع
ولو قال بعه فان لم يشتر رده علي فعرضه فلم يشتر سقط الرد • ولو وجد البايع الثمن زيوفا فقال
المشتري للبايع انفقه فان لم يرج رده علي فلم يرج رده استحسانا • ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال
البايع ان الخياط فان قطعه والا رده فعل فاذا هو قصير فله الرد • اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده
ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد • وفي القنية لو وجد معيبا فخاصم بايعه فيه ثم ترك
الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له بايعه لم امسكت عن الخصومة مدة فقال المشتري لانظر انه يزول
ام لا فله الرد كذا في المحيط • قوله وتقابضا اي قبض كل واحد البدل وفائدة دعوى البايع حتى يقع
تخصيص الثمن على تقدير الرد ولهذا قال وتقابضا وان كان يكفيه قوله وقبضها ولان الثمن لو لم يكن مقبوضا
لا يتاتى تخصيص الثمن لان الدين لا يتقلب لذا قيل القول للقابض لانه منكر للزيادة وانه اعرف بحاله •

المقبوض

المقبوض فيكون القول له كما في الغصب يعني اذا ادعى المغصوب منه غصبت غلامين فقال الغاصب
ما غصبت الا واحدا فالقول له لانه هو القابض فكذا ههنا ولان المنازعة بينهما في مقدار المقبوض فالمشتري
منكر الزيادة ثم البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبايع يدعي لنفسه بعض
الثمن عليه بعد ما ظهر سبب المسقط والمشتري منكر لذلك فالقول له مع يمينه اتفقا على مقدار المبيع
قال المبيع جاريتين واختلفا في المقبوض بان قال البايع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما لما
بينا وهو ان القول للقابض لانه منكر الزيادة • قوله وقد ذكرناه اي في باب خيار الرؤية ويدبينا
الاختلاف ثمه لان القبض له اي للقبض شبه بالعقد من وجهين احدهما ان القبض يثبت ملك التصرف
وملك اليد والعقد يثبت ملك الرقبة • والثاني ان القبض مؤكد لما اثبته العقد الا ترى ان شهود
الطلاق قبل الدخول يضمنون نصف المهر اذا رجعوا لانه على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج فالشهود
اكدوا نصف المهر فصاروا كانهم الزموا نصف المهر على الزوج وحكم المشبه حكم ذلك الشيء من وجه الا ترى
ان العبادة للنار كرام والصلوة على النجاسة حرام • ولو صلى وقبله نار او بقربه نجاسة مكروه ويروى
عن ابي يوسف الى اجزاء ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم التفريق لانه
بعد تمام البيع والاول هو الصحيح لان التمام تعلق بقبض المبيع والمبيع اسم للكل وصار اي تمام الصفقة كحبس
المبيع حتى يستوفي الثمن اعتبارا لجانب المبيع بجانب الثمن وزواله اي زوال الحبس يعني لما تعلق بطلان
الحبس باستيفاء الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه اي جميع الثمن والصفقة كحبس المبيع وان تمت
في المقبوض لكن لم تتم فيما لم يقبض فكان التفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك كذا في الكافي
قوله خلافا لزفر حيث قال ليس له ان يرد احدهما وبه قال الشافعي في قول هو اي زفر يقول
فيه في رد احدهما تفريق الصفقة فيتضرر البايع فاشبه ما قبل القبض لا يرد المعيب خاصة هكذا
ذكر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ما يخالف هذا فقال لو اشترى عبدين ووجد باحدهما عيبا
قبل القبض رد حصته من الثمن عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة كذا في الكافي
ولنا انه اي الرد تفريق بعد التمام يعني الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد المبيع خاصة
وبه قال الشافعي في قول وعنده لا تفاوت بين القبض وعدمه في خيار العيب والرؤية والشرط فله
في الكل قولين على ما مر اي في باب خيار الرؤية • واما تضرر البايع من الوجه الذي قاله زفر فلزم
من تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وليس من ضرورة شرط الخيار له في احدهما ثبوته في الاخر كالو سمى لكل
واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه في احدهما وهذا في شيئين يمكن افرادهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن
كالنعلين او الخفين او مصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما بالاجماع لانهما في الصورة شيئان وفي المعنى
والمنفعة كشيء واحد اذ لا يتاتى الانتفاع باحدهما دون الاخر والمعتبر هو المعنى ولانه لو رد المعيب خاصة
لعاد الى البايع بعيب حادث لان التفريق بينهما يوجب قطع الانتفاع وذلك عيب فان كان ما باع
لا عيب فيه ليس له ان يرد ما بقي ولا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة كذا في المبسوط وللشافعي
في مثل مصراعي الباب وزوجي الخف وجهان في وجه يجوز رد احدهما كما في العبدين والثوبين وفي
وجه لا يجوز لانه يلزم نقصان القيمة كذا في تتمتهم وفي شرح الوجيز ولا سبيل الى رد احدهما بدون الاخر
وارتكب بعضهم طرد القولين فيه ايضا • وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى
زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب
خاصة ولو قال المشتري انا امسك المبيع المعيب واخذ النقصان في الذي يمكن افراد احدهما بالانتفاع
كالعبدين والثوبين ليس له ذلك لانه لما رضي بالمعيب فابطل حقه في وصف السلامة فلم يكن له ان يطالبه

بالنقصان في الاستحقاق وثمن العيب قبل القبض وبعده لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وقوله
ولهذا لو استحق احدهما اي بعد القبض اسند لان بان تفريق الصفقة بعد تمامها لا يكون ممتنعا اذ لو
كان ممتنعا ينبغي ان يتمكن من الرد في غير المستحق باستحقاق احدهما في يد المشتري وحيث لا يتمكن من الرد
اما لو استحق احدهما قبل القبض له الخيار في الاخر لتفرق الصفقة قبل التمام • **فان قيل** عدم جواز
تفريق الصفقة باعتبار ضرر البائع لان عادة التجار ضم الردي الى الجيد فلو رد احدهما يوجب الضرر
عليه سواء كان قبل القبض او بعده في العيب او الاستحقاق جميعا • **قلنا** يحتمل ان يكون مراد البائع
الضم ويحتمل ان لا يكون مراده الضم فعملنا بالشبهين فقيل يعتبر ضرره باعتبار الضم ولا يعتبر ضرر
المشتري لعدم الصفقة يعني انه يلزم التفريق قبل التمام وبعد القبض لا يعتبر ضرره لاحتمال عدم
ارادة الضم مع ان الصفقة تمت كذا في فوائد الكافي • **قوله** ومراده بعد القبض وانما قيد به لانه
اذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في انه لا يجوز تفريق الصفقة
برد المعيب خاصة • واما اذا كان بعد القبض يجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون •
واما فيهما فلا يجوز اذا كانا في وعاء واحد على ما هو اختيار المشايخ • وللشافعي قولان في الكل قبل القبض
وبعده على ما ذكرنا • وقوله من جنس واحد احتراز عما اذا كان المكيل من جنسين كالحنطة والشعير •
فان للمشتري ان يرد المعيب خاصة • وللشافعي قولان ايضا فيه بناء على جواز تفريق الصفقة وعدمه
فهو اي المكيل كالشيء الواحد اي حكما وتقديرا لا تحقيقا لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات •
باعتبار الاجتماع فان الحبة الواحدة ليست متقومة حتى لا يصح بيعها فكانت القابلية للبيع باعتبار
الاجتماع فصار الكل في حق البيع كشيء واحد والشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض يوضحه
انه اذا ميز المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الحنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لانه يتميز فيه من العيب •
ما يتميز اذا ميز عما ليس بمعيب لانه يتميز فيه من العيب ما يتميز اذا ميز عما ليس بمعيب والمشتري لا يتمكن من •
الرد بعيب الا بما حدث عن ضمان البائع بخلاف العبدين حيث له رد احدهما لانهما غيران حقيقة والتمييز بينهما
لا يوجب زيادة عيب في السليم فكان له حق الرد كذا في المبسوط • **فان قيل** لو جعلا كشيء واحد حكما
ينبغي ان يثبت له حق الرد في الباقي في صورة الاستحقاق كما في الثوب او العبد الواحد وليس كذلك
بالاجماع • **قلنا** في استحقاق البعض بعد القبض عن ابي حنيفة روايتان فعلى احديهما السؤال ساقط وعلى
الاخرى يقول في الاستحقاق بعض شيئا واحدا كما في العيب الا ان استحقاق بعض المكيل والموزون لا يوجب
عيبا فيما استحق ولا فيما لا يستحق لان المستحق في المالية وغير المستحق سواء فلا يزول بسبب الاستحقاق شيء
من المالية في الباقي حتى يكون عيبا وكذلك لا يوجب نقصانا في الانتفاع بالباقي لانهما يقسمان بخلاف ما لو
وجد في البعض عيبا وميزه برده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب كذا في الجامع البرهاني
والفوائد الظهيرية • **قوله** ونحوه كالوسق في الفرق ولهذا جعل رؤية البعض كرؤية الكل كالثوب •
الواحد بمنزلة عبدين • وفي المبسوط بمنزلة ثوبين في الجنسين كالحنطة والشعير فانه يرده على الوجه الذي
خرج من ضمان البائع والاظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان في وعاء او في وعاء
واحد فانه اما ان يرد الكل او يمسك الكل ولو استحق بعضه اي بعض ما كان مكيلا او موزونا بعد القبض لانه •
لا يضر التبعيض والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيبا باعتبار ان التبعيض لا يضرهما بعد القبض
لتمام الصفقة • وقوله والاستحقاق جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي
في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فقيل له لا يلزم ذلك لانه لو لزم ذلك للزم باعتبار
الاستحقاق وذلك لا يمنع تمام الصفقة • وفي المبسوط في استحقاق البعض لا يتعيب ما بقي منه وقد تمت الصفقة

بالقبض

بالقبض لان تمامها اي تمام الصفقة برضاء العاقد اي تمام العقد يستدعي تمام الرضا من العاقد لا من المالك وهو
المستحق وقد وجد • وفي الايضاح العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام الرضا منه وبالاستحقاق ينعدم
رضا المالك لا رضا العاقد ولهذا قلنا في الصرف ورأس مال السلم لو اجاز المستحق بعدما افترقا يبقى العقد صحيحا
فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد وان كان
اي المستحق ثوبا لان التشقيص اي في الثوب عيب عرفا وقد كان اي التشقيص وقت البيع يعني ان عيب الشركة
فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق والظهور يبنى على الثبوت
فكذلك للمشتري الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في الطعام ان كان في وعاء واحد فانه عيب يحدث بعد
كما مر فافترقا • **قوله** ومن اشترى الى آخره الاصل في هذه المسائل ان تصرف المشتري بشيء يدل على الرضا
بعد العلم بالعيب يمنع الرد والارش نحو العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة
والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية لانه صار راضيا بالعيب والامساك بالتصرف على ما ذكرنا
في خيار الشرط كذا في الايضاح والكافي ولا خلاف لاحد فيه غير ان الشافعي يبطل خيار الرد بتاخير الرد
من غير عذر • وقال ان الاصل في البيع اللزوم فاذا امكنه الرد وقصر لزمه حكمه ولا يتوقف على حضور
الخصم والقضاء • ولهذا لو اطلع على العيب في الليل يفسخ في الحال ويشهد على نفسه بذلك ان امكنه
وان لم يكن عنده احد يفسخ في نفسه حتى لو اخر بطل حقه هذا طريقة اكثر اصحابه • وقال القفال لا يلزمه
الفسخ في الحال ولا الاشهاد وله ان يؤخر الى ان ياتي القاضي • وعندنا ما لم يوجد منه تصرف يدل على استيفاء
الملك لا يبطل خياره في حاجة اي في حاجة نفسه لا للرد • وفي بعض النسخ في حاجته اي في حاجة
المشتري لان الخيار ثمة اي في خيار الشرط للاختبار اي الامتحان لان خيار الشرط شرع له والركوب واللبس
مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل ذلك اختيارا للملك يفوت فائدة خيار الشرط • واما خيار العيب فانما
شرع للرد ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت وقد تصرف تصرفا لا يحل الا للملك فجعل
دليل الرضا والامساك فلانه اي الركوب المذكور سبب للرد فانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له
ما لم يركبها • والجواب في السقي وشراء العلف يعني لو ركبها للسقي وشراء العلف لا يكون رضا استحسانا
وبه قال الشافعي في قول لانه ربما لا يجد منه بدا اما لصعوبة الدابة لكونها جموحا او لعجز المشتري عن المشي
بان كان مريضا او شيخا كبيرا • في عدل واحد قيد به لانه لو كان في عدلين وركب يكون رضا فقد ذكر
محمد في السير الكبير لو كان الجوالق للعلف واحدا فركب لا يكون رضا لانه لا يمكنه حمل جوالق واحد الا بالركوب
ولو كان الجوالقين فركب يكون رضا لان حمل العلف ممكن بدون الركوب وقبل الركوب للرد لا يكون رضا
وان امكنه الرد بدونه لانه مفض الى الرد ومقرر له ولا كذلك الركوب للسقي وشراء العلف كذا في الكافي •
قوله فلم يعلم به اي المشتري لم يعلم بكون العبد سارقا لا وقت البيع ولا وقت القبض كذا ذكر التمرتاشي
ويأخذ الثمن اي كله هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير وهكذا في بعض روايات المبسوط يرجع
بنصف الثمن ووجه التوفيق ان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينقض
قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع
الثمن كما لو قطعت يده عند البائع • وقول من قال يرجع بكل الثمن منصرف الى اختيار رد العبد المقطوع •
وقول من قال بالنصف منصرف الى اختيار امساكه • وقالا اي ابو يوسف ومحمد يرجع بما بين قيمته يعني يرجع
بالنقصان وبه قال الشافعي ان لم يمت من القطع وان مات منه يرجع بجميع الثمن كما قال ابو حنيفة وهو
اختيار المزني • وعندنا لو مات من القطع يرجع بنصف الثمن لا بكله بسبب وجد في يد البائع صورته اشترى
عبدا مباح الدم لقود او ردة او قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند ابي حنيفة

وبه قال الشافعي في قول وهو اختيار المزني وابي اسحق المروزي وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم
الدم فيرجع بفضل ما بينهما وبه قال الشافعي في قول وهو اختيار ابن شريح وابي هريرة من اصحابه
وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان احدهما انه يصح واختاره المزني • والثاني لا يصح وما ذكرنا من القولين
في الرجوع بكل الثمن والنقصان على قول صحة البيع كذا في كتبهم • **قوله** ولانه اي سبب القطع او القتل لا
ينافي المالية بدليل صحة البيع ونفاذ تصرفه فيه بالعتق وغيره ولو كان حل الدم اثر في انعدام المالية
لما صح البيع كما في الحر كذا في الاسرار • وفي المبسوط ولهذا لو مات كان الثمن متقررا على المشتري وليس
لولي القصاص حق في ماليته حتى ان المشتري اذا اشتراه وولي الدم باباه يصح البيع ويملكه المشتري بخلاف
المرتهن فانه لو ابى صحة بيع المرهون لا يصح بيعه لتعلق حقه بالمالية فعلم من هذا ان استحقاق العقوبة
متعلق بادميته لا بماليته فلا يجري استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق ولان المستحق مستحق لماليته لا لادميته
اليه اشير في الاسرار والمبسوط والحاصل ان السبب الموجود في يد البايع اوجب ان العقل في الدم والحياة
لا في المالية وانما تذهب المالية باستيفاء القتل وذلك فعل انشاه المستوفي باختياره بعدما دخل •
المبيع في ضمان المشتري بخلاف الاستحقاق لان المستحق يملك ما تناوله البيع فينتقض به قبضه من الاصل •
كذا في الفوايد عند تعذر رده فالتعذر في صورة القتل ظاهر • وفي صورة القطع لان الاستيفاء عيب
عند الوجوب فكان استيفاء القطع عيب حادث في يده اما لو علم انه مستحق القطع او القتل قبل
استيفائهما فله ان يرده ويأخذ الثمن عندهما وبه قال الشافعي فانه اي المشتري يرجع بفضل ما بين
الجزء • وفي جامع قاضي خان هذا اذا لم يعلم بحلها لا وقت الشراء ولا وقت القبض وله اي لابي حنيفة
ان الوجوب اي وجوب القطع او القتل فيكون الوجود اي وجود القطع او القتل مضافا الى السبب
السابق وهو سرقته وقتله في يد البايع اوجب استحقاق الفعل واستحقاقه اذ جب وجوده ووجوبه
اوجب فوته فصار فوته مضافا الى السبب بهذه الوسايط فينتقض قبضه كما لو استحقه مستحق وملك
في يد البايع والدليل على ان نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجب وان المحل بحكم الاستحقاق يصير
كالتالف انه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في يد الغاصب فرده على المالك ثم قتل او قطع •
بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة او بنصف القيمة على الغاصب كذا في الكافي • وفي بعض الفوايد
فكان السبب السابق بمنزلة علة العلة لفوات المالكية فمن هذا الوجه المستحق كانه المالية نعم ان استحقاق
النفس في حكم الاستيفاء دون عينه فبقي محلا لانعقاد البيع الصحيح فاذا مات في يد المشتري فلم يتم الاستحقاق
في حكم الاستيفاء فلهذا كان في ضمان المشتري • واما اذا قتل تقدم الاستحقاق وبطلت المالية فلا يبعد ان
يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون عينه كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص واذا كان زوال
المالية مضافا الى السبب السابق يرجع بالثمن كما لو استحقه مالك او مرتهن او صاحب دين وكما اذا قتل •
المغصوب او قطع بجناية وجدت في يد البايع • **فان قيل** يشكل هذا بمسايل منها ما اذا اشترى جارية
فوجدها محمومة فلم يردها حتى ماتت في يده فلا يضاف ذلك الى السبب السابق حتى لا يرجع بالثمن بل يرجع
بالنقصان وان كان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البايع • وثانيها ان البايع اذا قطع يد العبد
او فقأ عينه ثم باعه المولى ولم يعلم به المشتري فمات العبد من ذلك في يد المشتري يرجع بالنقصان
لا بالثمن • وثالثها ما اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم به ثم وطيها الزوج في يد
المشتري لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البايع • ورابعها ان العبد
لو زنى عند البايع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البايع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند
البايع • وخامسها انه لو سرق في يد البايع فقطعت في يد المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن

لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البايع • **قلنا** اما في المسلة الاولى فان الجارية لا تموت بمجرد الحمى
بل بزيادة الالام وترادفها وبزيادة ضعف وهذه الاسباب لم تكن في يد البايع وكذلك فيما نحن فيه
واما الثانية فان البيع لما ورد على قطع البايع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البايع فينقطع
بيع من له السراية وفيما نحن السراية لغير من كان المبيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع • واما الثالثة
فان البكارة لا تستحق بالمبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد • واما الرابعة فان المستحق هو الضرب
المولم لا استيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما كان لمعنى عارض عرض في يد
المشتري وهو خرق الجلاد او ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا • واما الخامسة فقد
ذكرنا جوابها من المبسوط هذا كله من المبسوط والفوايد الظهيرية • **قوله** وما ذكر من المسلة ممنوعة
يعني عند ابي حنيفة يرجع ايضا بجميع الثمن فان الامام قاضي خان وابا زيد قالا واما مسلة الحامل فعلى
قولهما • واما على قول ابي حنيفة يرجع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه ولين سلمنا فهو
الموجود في يد البايع الاعلاق وانه يوجب انفصال الولد ولا يفضي الى الاهلاك غالبا بل الغالب هو
السلامة عند الولادة وهو نظير الزاني اذا جلد بخلاف ما اذا غصب جارية فحبلت في يد الغاصب •
ثم ردها فولدت في يد المالك وماتت يرجع على الغاصب بقيمة الجارية لان الرد لم يصح لان شرطه صحة
الرد ان يرد كما اخذ ولم يوجد فصار كما لو تملكت في يد الغاصب • انما ههنا الحبل لا يمنع صحة التسليم
الى المشتري كذا في جامع العتابي والمبسوط وفايدة الخلاف فيما اذا اطلع على القتل او القطع ولم يقتل
ولم يقطع هل يجوز رده ام لا فعند ابي حنيفة لا يجوز رده لانه بالاستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق •
وعندهما يجوز وبه قال الشافعي لانه بمنزلة العيب وكونه مستحقا للقطع او للقتل عيب سواء استوفي
ام لا • وفي تتمتهم وفايدة الخلاف تظهر في امر الكفر والدين فعلى طريقة المروزي على البايع • وعلى طريقة
ابن شريح على المشتري • **قوله** فثلثة الارباع يعني لو قتل البايع هذا العبد المقطوع من السرقتين اللتين
وجدت احديهما في يد البايع والثانية في يد المشتري يرجع المشتري على البايع بثلثة ارباع الثمن اما بنصفه •
فلرد المشتري العبد فيرجع على البايع بنصف الثمن فقد فات بسبب قطع اليد لان اليد الواحدة من الادمي
نصفه الا ان ذلك القطع الى السرقتين فانقسم عليهما بنصفين فكان نصف هذا النصف فواته بسبب كان عند
البايع فلذلك يرجع المشتري عليه بثلاثة ارباع الثمن • **فان قيل** اليس انه اذا حدث عند المشتري عيب •
ثم اطلع على عيب كان عند البايع ورضي البايع برده وقبله يرجع المشتري بجميع الثمن فلم انتقص ههنا
ربع الثمن مع ان هذه المسلة نظيره • **قلنا** لا نسلم انها نظير تلك لما ان القول ومن الرجوع بثلاثة ارباع
الثمن قول ابي حنيفة لا قولهما فان عندهما يجري مجرى العيب وعنده يجري مجرى الاستحقاق والغصب كما ذكرنا
وفي الغصب الحكم كذلك فانه اذا غصب عبدا وسرق عنده فرده على المالك فقطع في يد المالك فان
المالك يرجع على الغاصب بنصف القيمة فكذلك ههنا كذا في الفوايد الظهيرية • وقوله لان اليد من الادمي
نصفه دليل قوله يرجع بنصف الثمن • **قوله** ولو تداولته الايدي اي ما سرق في يد البايع الاول لو باعه
جمع الباعة كالحاكة جمع الحايك والقافة جمع القايف عنده اي عند ابي حنيفة وبه قال بعض اصحاب الشافعي
يرجع الاخير اي المشتري الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه وبه قال اكثر اصحاب الشافعي لان المشتري
الاخير لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكر قبل في
مسلة المشتري بقوله الا ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع ولو اعتقه المشتري فقطعت •
يده او قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب وعنده لا يرجع لان القطع والقتل لم يتضمنا تفويت المالية بلا انعدام

كما في باب العيوب

المائبة يوم القطع والقبل كذا ذكر الامام قاضي خان وقوله اي قول محمد في الكتاب اي الجامع الصغير ولم
يعلم المشتري يعني فاله في اول المسئلة ولم يعلم به هذا القيد يقيد على قولهما لان العلم بالعيب رضا به فلا
يتمكن من الرد ولا يقيد على قوله اي على قول ابي حنيفة في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع بكل الثمن
كما لو اشترى ملك الغير على رجاء الاجازة ولم يجز واستحقه يرجع بكل الثمن وقوله في الصحيح احتراز عن
الرواية الاخرى عن ابي حنيفة انه لا يرجع كما هو قولهما لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب
لا يمنع صحة البيع ونفاذه فلشبهه بالاستحقاق يرجع بكل الثمن عند الجهل به ولشبهه بالعيب لا يرجع عند
العلم به عملا بالشبهين كذا في الكافي ليس له ان يرده بعيب لصحة الشرط والبيع وقال زفر البيع صحيح
والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى لو عدد العيوب صحت البراءة ايضا وفي مختلف ابي الليث البيع باطل
عند وفي الايضاح والمتن ذكر قوله مع محمد في ان الحادث لا يدخل وهذا الاختلاف عنه محمول على اختلاف
الروايات عنه فزفر يقول مقتضى العقد ثبوت الملك مطلقا سليما كان له وغير سليم فلم يكن سلامة المبيع
من مقتضيات العقد بل من مقتضيات الشرط الذي يدل على ظاهر حال المشتري حيث لا يرضى الا بالتسليم
فاذا اشترط البراءة فقد ترك شرط السلامة فكان الشرط مقررا لما يقتضيه العقد بل من مقتضيات الشرط
الذي يدل على ظاهر حال المشتري حيث لا يرضى الا بالتسليم فاذا اشترط البراءة فقد ترك شرط السلامة
فكان هذا الشرط مقررا لما يقتضيه العقد الا ان الشرط في نفسه مجهول فيفسد حتى لو كانت البراءة عنها
معلومة صح الشرط وفي بعض النسخ لم يعدها وهو الصحيح **قوله** وقال الشافعي لا تصح البراءة عن كل عيب
ما لم تسم فيقول من عيب كذا ومن عيب كذا ثم اعلم ان للشافعي فيه طريقان اشهرهما وبه قال ابن شريح وابن
الوكيل والاصطخري انه قال على ثلثة اقوال احدها انه يبرا وبه قال علماؤنا لقوله عليه السلام المسلمون
عند شروطهم ويروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت ولان خيار الشرط انما يثبت لاقتضاء العقد مطلق السلامة
فاذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الاطلاق وثانيها انه لا يبرا عن عيب ما لان خيار العيب ثابت بالشرع فلا ينتفي
بالشرط كسائر مقتضيات العقد وبه قال احمد في رواية عنه وفي رواية يبرا عما لا يعلمه دون ما يعلمه
وثالثها وهو الاصح ويروى عن مالك انه لا يبرا في غير الحيوان ويبرا في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما
روي ان ابن عمر باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا
الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر احلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه فرق
عثمان وزيد بين كون العيب معلوما وغير معلوم والفرق من جهة المعنى ان كتمان المعلوم تلبيس وفرق الشافعي
بين الحيوان وغيره فقال الحيوان ياكل ويتغذى في حالتي صحته وسقمه ويتحول طبعه وقليلا ما ينفك عن عيب
خفي او ظاهر فيحتاج البائع الى هذا الشرط ليثق بلزوم العقد والطريق الثاني وبه قال ابن خيران وابو اسحق
القطع بالقول الثالث ونصه في المختصر كذا في شرح الوجيز وفي تتمتهم فالمذهب ان العقد فاسد لان شرط
البراءة يتضمن رفقا بالبائع وهو ان لا يفسد عليه العقد ولا يسترد منه الثمن وكل شرط لا يقتضيه العقد
ويتضمن رفقا باحد المتعاقدين فهو مفسد للعقد كالبيع بشرط الاجل والرهن والضمين وفي الحلية لو قلنا الشرط
باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان اظهرهما انه يبطل هو اي الشافعي يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد
بالرد حتى ان رب الدين لو ابرا المديون من دينه فرد المديون ابراءه لم يصح الابراء وكذا لا يصح تعليق الابراء
بالخطر بان قال ان فعلت كذا فقد ابراتك عن العيب او الدين لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح كبيع شاة
من قطيع **ولنا** ان الجهالة في الاسقاط يعني الابراء اسقاط حتى تم بلا قبول كالطلاق والعتاق ولا يصح تمليك
العين بلفظ الابراء والجهالة بنفسها لا تبطل التمليكات بل المعنى فيها وهو تفويت التسليم الواجب بالعقد الا ترى

ان بيع قفيز من صبرة يجوز وان كان مجهولا لانه لا يؤدي الى المنازعة وفوات التسليم
وبيع شاة من قطيع لا يجوز للمنازعة بسبب التفاوت والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم فالجهالة فيه لا تفضي
الى النزاع فلا تكون اي الجهالة مفسدة وقد اجمعت الصحابة على جواز هذا البيع بهذا الشرط وانما
اختلفوا في صحة الشرط وقال عليه السلام المسلمون عند شروطهم والدليل على صحة الابراء
عن الحقوق المجهولة حديث علي حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بني خزيمة وذلك
انه عليه السلام بعث اولا خالد بن الوليد الى بني خزيمة فقتل منهم قتلى وقد كانوا اعتصموا بالسجود
فدفع عليه السلام علينا مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون
انتم ولا يعلمه رسول الله فبلغ ذلك رسول الله فسره فهذا دليل على جواز الصلح عن الحقوق المجهولة
وروي ان رجلين اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال عليه السلام استهما وتوخيا
الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع المسلمين ايضا لان كل من حضره الموت في كافة الاعصار
استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا ولان هذا الشرط مقرر مقتضى العقد اذ مقتضاه
اللزوم وبهذا الشرط يلزم العقد سليما كان المبيع او معيبا والبائع بهذا الشرط يمتنع من التمام ما لا يقدر
على تسليمه سليما وبهذا الشرط يلزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة
والقدرة على التسليم شرط جواز البيع وقد وجد لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه او مكانه
واما قوله يرتد بالرد فنعم لما فيه من معنى التمليك حكما وهذا الشبه لا يؤثر في فساد ما قلنا لانا قلنا
ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا يفوت التسليم بها لعدم افضائها الى المنازعة فلان لا يمنع صحة الاسقاط
مع ان المسقط لا يحتاج الى التسليم لانه قد يكون متلاشيا فلا تؤثر فيه الجهالة كذا في المبسوط والبه
اشير في الاسرار ومما ذكرنا يعلم جواب تمسكات زفر والشافعي بالتامل **قوله** ويدخل في هذه البراءة
الى اخره واما قال في هذه البراءة احترازا عن البراءة التي شرطها البائع في قوله بعته على اني بريء من كل
عيب به انه لا يبرا عن الحادث بالاجماع كذا في شرح الطحاوي والايضاح كذا في قول ابي يوسف في
ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد لا يدخل الحادث وبه قال الحسن وزفر والشافعي
ومالك وابو يوسف في رواية لان ذلك مجهول لا يدري ايحدث ام لا واي مقدار يحدث والبراءة تتناول
الثابت فينصرف الى الموجود عند العقد ولو صرح بالتبري عن الذي يحدث قبل القبض بعد العقد فلو
دخل في هذا الشرط مفسد العقد به ايضا باسقاط حقه اي حق المشتري عن وصف السلامة يعني الغرض
من هذا الشرط مفسد العقد به ايضا باسقاط حقه اي حق المشتري عن وصف السلامة يعني الغرض من هذا
الشرط ابرام العقد ولزومه على وجه لا يرد عليه النقض وذا لا يحصل الا اذا دخل الموجود والحادث
قبل القبض في البراءة لان الحادث كالموجود في حق ثبوت الرد فكذلك جعل الحادث كالموجود في حق سقوط
الرد لتحصيل الغرض **فان قيل** كيف يصح هذا القول من ابي يوسف والرواية منصوصة في شرح
الطحاوي والمبسوط لانه لو باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث يفسد العقد بالاجماع ومتى فسد
بتنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده **قلنا** ذكر في الذخيرة انه باع بشرط البراءة عن كل
عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع اخر
ولا رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة عن كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار
انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فالفرق ان هنا ظاهر
لفظه يتناول الموجود ثم يدخل الحادث قبل القبض فيه تبعا وقد يدخل تبعا في التصرف ما لا يجوز ان
يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وفي المبسوط

وشرح الطحاوي لو اختلفا في العيب في انه موجود وقت العقد ام لا فقال المشتري انه حادث وقال البائع
بل كان موجودا وقت العقد فان شرط البراءة عن كل عيب به فالقول للمشتري وان كان شرط البراءة
عن كل عيب فالقول للمشتري وان كان شرط البراءة عن كل عيب فعلى قول محمد القول للبائع مع يمينه
على انه حادث لان بطلان حق الفسخ للمشتري ظاهر لشرط البراءة وثبوت حق الفسخ لحدوث عيب باطن
فاذا ادعى المشتري باطنا لم يزل به ظاهرا لم يصدق الا بحجة • وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط
لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله كما في الفصل الاول • **مسائل** تتعلق بهذا الباب في الايضاح
لو شرط البراءة من كل عيب به او خص ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ولو شرط البراءة من
واحد شجة او جرح فوجد شجتين فعند ابي يوسف الخيار للبائع من المعيبين وعند محمد للمشتري فيرد بايهما
شاء • وهذا الاختلاف فيما اذا تعذر رده بموت وحدوث عيب اخر ثم اراد المشتري الرجوع بالنقصان
فابو يوسف يعتبر حصول نفع البراءة للبائع فيصير كان المشتري خير ولانه يرد نقصان احدهما صح كان
لم يكن فيعين الاخر تحت ابرائه • وقال محمد السقوط مضاف الى ابراء المشتري والاجمال من جهته وحده كان
البيان اليه • ولو ابراه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور كذا روي عن ابي يوسف لان الغائلة ما
كان من فعل الانسان وهذه العيوب هي التي تختص بالفعل ولو ابراه من كل داء فعن ابي حنيفة الداء ما في البطن
في العادة وما سوى ذلك يسمى مرضا • وقال ابو يوسف يتناول الكل لاطلاقه وفي جمع التفاريق قطع الاصبع
عيب وقطع الاصبعين عيبان والاصابع مع نصف الكف عيب واحد • ولو قبل في البيع على انه معيوب برئ
من الخروق ويدخل الرقع والرفو فيها • ولو برئ من كل سن سوداء يدخل الحمراء والخضراء ولو برئ من كل قرح تدخل •
القروح الدامية • وفي المحيط لو قال ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدم المحل لا عيب
فيه • ولو قال انا بريء من كل عيب الا الاباق فيبرأ من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق • ولو
قال انا بريء من كل حولي فيبرأ فذلك داخل العيب هو المختار دون الدرك • ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن
اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده • ولو عين فقال ليس بابق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا
على ان يدفع ان يحط دينارا جاز ولو دفعه المشتري لم يرد لم يجز لانه ربوا وزوال البيع يبطل الصلح ويرد على
البائع ما اخذ او حط قبل اذا زال بعد خروجه عن ملكه لم يرد العوض ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب
بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا • ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف او بعضها او النقط
او الاعراب في المصحف عيب وترك خط المصحف عيب وجد به عيبا واصطلحا على ان يحط كل واحد
عشرة ويأخذ الاجنبي ما وراء المحطوط ورضي به الاجنبي جاز وجاز حط المشتري دون البائع وللاجنبي •
بما وراء العشرة من الثمن او يترك • ولو قطع المشتري الثوب فاذا هو متخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند
القصار او عند البائع فاصطلحوا ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما قيل هذا غلط
وتأويله ان يضمن القصار اولا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك الى البائع • وفي كتبهم لو قال البائع للمشتري
امسك المبيع وانا اعطيك ارش العيب لم يجبر على قبوله • ولو طلب المشتري ذلك لم يجبر البائع على دفعه
ولو تراضيا عليه ففيه وجهان المذهب انه لا يجوز • والثاني انه يصح الصلح وهو قول ابي حنيفة ومالك
وقال احمد للمشتري ان يمسك المبيع ويطالب البائع بارش العيب ويجبر على دفعه اليه • وفي المجتبى دخل
المشتري القدوم في النار او حلب الشاة او البقرة لم يرد سواء كان في المصراة او غيره وفي المصراة
يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك واحمد وزفر ورواية عن ابي يوسف وله الخيار الى ثلثة ايام وعندنا
لا يرد والمسئلة مذكورة في الاصول • وفي غير المصراة اذا حلب ثم وجد عيبا لا يرد عند الشافعي ايضا والمصراة
شاة او بقرة او ناقة شد ضرعها ليجمع طلبها فيظنها المشتري غزيرة اللبن وبعد الحلب بثلثة ردها عندنا

وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا يرجع • وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب
فيه بعد حدوث زيادة منفصلة عن الاصل **وقيل** لو اختير هذه الرواية للفتوى لكان حسنا لغرور
المشتري بالتصرية فاعتراضه لهذا الفعل كاعتراضه بقول البائع انه حلوب وفيه لو تبين خلافه بعد الولا
يرجع فكذا ههنا وعند الشافعي ومالك وزفر واحمد ورواية عن ابي يوسف التصرية عيب يردها مع اللبن
المحلوب ان كان باقيا والا ردها ومعها صاعا من التمر لحديث ابي هريرة انه عليه السلام قال من اشترى
محفلة الحديث • **ولنا** قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا مطلق ولانه وجد مانع الرد
وهو الزيادة المنفصلة المتولدة • وقد شنعوا على اصحابنا في تركهم حديث ابي هريرة وعملهم بالقياس ونسبوا
الى القدح في ابي هريرة وحاش لله فان اصحابنا في تركهم روايته تابعوا الاجلاء الصحابة في ردهم رواية ابي
هريرة عند مخالفة الاصول كما في حديث الوضوء مما مسته النار فرده ابن عباس • وفي حديث من اصبح
جنبا فلا صوم له فقالت عائشة نحن اعلم ورده علي وهو لا يقدمون على ابي هريرة عند مخالفة الاصول في الفقه
والفتوى ولا نظن بابي هريرة الا الصدق في الرواية لكنه يحتمل ما رواه بالمعنى الذي وقع عنده لا باللفظ
الحديث او انه عليه السلام اخبر عن وقوع هذه الحادثة بطريق الصلح فسمع ما ظنه حكما فاطلقه مع انه
يخالف الكتاب والسنة وغيره كما ذكر في الاصول ولانه ربما كان ثمن الشاة قيمة صاع من تمر فلو اوجبنا الرد به
سلم المبيع للبائع والثمن زيادة فيحمل خبره على ما يوافق الاصول لانها مقطوع بها فلا يترك بالظن وهو •
خبر الواحد كذا في شرح المجمع • والمبسوط وروى الطحاوي عن ابي حنيفة انه قال هذا الحديث منسوخ •
ثم اختلف في ناسخه قال محمد بن شجاع نسخه قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار
فلما قطع النبي عليه السلام الفرقة بالخيار ثبت انه لا خيار الا ما استثناه فقال الطحاوي هذا ضعيف
لان الخيار المجهول في المصراة خيار العيب وخيار العيب لا يقطعه الفرقة بالاتفاق **وقيل** فيما
ذكره الطحاوي نظر فان في رواية الاسرار لا يرجع بالنقصان لان اجتماع اللبن في الاصل لا يكون عيبا
فكذا جمعه فعلم بهذا ان التصرية ليست بعيب فلا يكون هذا الخيار خيار عيب فيجوز ان تقطعه الفرقة
وقال عيسى بن ابان كان ما روي عن النبي عليه السلام من الحكم في المصراة في وقت كانت العقوبات تؤخذ •
بالاموال قال ابو جعفر والذي قاله عيسى محتمل عندي انه في ذلك وجها هو اشبه عندي نسخه وذلك
ان اللبن الذي احتلبه المشتري في ثلثة ايام قد كان بعضه في ملك البائع قبل الشراء وبعضه حدث
في ملك المشتري فكان ما في يد البائع مبيعا فاذا وجب نقض البيع في الشاة وجب نقضه فيه وما حدث
في ملك المشتري ملكه بسبب البيع اذ حكمه حكم الشاة لانه من بدنها وقد جعل النبي عليه السلام •
جميع لبنها بالصاع بعد ردها وقد تلف بعض اللبن وكان المشتري قد ملك صاعا لبنا بصاع من تمر •
دينا فدخل ذلك في بيع الدين بالدين ثم نهيه عليه السلام عن بيع الدين بالدين ما كان قد تقدم في
المصراة مما حكمه حكم بيع الدين بالدين كذا في اللباب • وفي المجتبى والوقف والمسجد يمنع الرد والرجوع
بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش • ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها
في الحال لانه ان جمع غلاتها يكون رضا وان تركها يردها ذا العيب فيمنع الرد • ولو وجد عيبا بالدابة
في طريق السفر وهو يخاف على الحمل حمله عليها فامضى سفره ترد وهو معذور • **باب**

البيع الفاسد

• فلما ذكر البيع الصحيح مع توابعه شرع في الفاسد لان الصحيح هو الاصل •
ووجه مناسبته الخاصة بعد الابواب المتقدمة تضمنها لشرعية الفسخ • ولقب الباب بالفاسد لانه يشمل •
الباطل والفاسد والمكروه فالباطل ما لا يكون مشروعا باصله ووصفه لانتفاء ركنه او محله يقال
بطل اللحم اذا دود وسوس بحيث لا ينتفع به • والفاسد ما يكون مشروعا باصله دون وصفه ويثبت •

الملك به اذا اتصل به القبض بعد ما فسد اللحم ذا صار ذا نتن بحيث لا يمكن الانتفاع به • والمكروه ما كان
مشروعا باصله ووصفه لكن جاوره شيء آخر منهي عنه فكان الفاسد شاملا للكل لان الفاسد فائت الوصف
والباطل فائت الاصل والوصف والمكروه فائت وصف الكمال • فيكون فوات الوصف موجودا في الجميع •
فلهذا لقب الباب به • وفي الفوائد سبب الفساد ستة العجز عن التسليم والجهالة وعدم الملك والغرور •
والشرط الفاسد والنهي وذكر في التحفة هذه الستة وقال ومنها بيع ما هو مملوك له قبل القبض ومنها بيع
الاتباع مقصودا • ومنها بيع ما اشترى بجنس الثمن باقل مما باعه قبل نقد الثمن • **قوله** او كلاهما محرمان
فان قيل ما فائدة قوله او كلاهما محرمان لان حرمة احدهما اذا كانت مانعة الانعقاد صحيحا فيكون
حرمة كلاهما بالطريق الاولى ضرورة • **قلنا** انه اشار الى ان وصف الحرمة وصف لا يختلف الحكم بين ان
يكون متمكنا فيهما او في احدهما بخلاف الاطلاق والعدم بين ان يكونا في احدهما وبين ان يكون فيهما اما
وصف الحرمة لا يتفاوت بينهما كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين • **وقيل** قوله في احد العوضين •
يوهم ان الحرمة فيه تستلزم الجواز وانتفاء الحرمة فيه قد تكون بانتفاء الحرمة فيهما وقد تكون بثبوت
الحرمة فيهما فقال او كلاهما ليزول هذا الوهم فانه يجوز ان يكون الشيء منفردا مانعا ومع شيء آخر لا يكون
مانعا جمعهما اي صاحب القدوري الفصول في حكم واحد وهو الفساد لكن فيها تفصيل بالميتة والدم
باطل اي باجماع الفقهاء سواء جعلهما مثمنا او ثمنا ثم هذا محتاج الى التاويل عندنا فان البيع محلى باللام فكان
متناولا لجميع البياعات من بيع المسلم والكافر وجرى على عمومه في الميت الذي مات حتف انفه • اما في
الميتة المخنقة والموقوذة فلا يجري على عمومه فان بيع المخنقة والموقوذة جائز عند اهل الكفر ذكر المصنف
في التجنيس فقال اهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم • ولو باعوا ذبيحتهم وذبحتهم •
ان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا • وفي جامع الكرخي يجوز البيع بينهم
عند ابي يوسف خلافا لمحمد • لابي يوسف انهم يتمولون ذبائحهم كما يتمولون الخمر فجاز تصرفهم في ذبيحتهم كما في الخمر
وجه قول محمد ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا ما استثنى بعقد الايمان والذي استثنى لهم الخنزير والخمر وما سوى
ذلك على اصله • واتفق الرواة عن ابي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ولم يجوز ابو يوسف
ومحمد بيع ما حرم وشربه والضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع • وفي الذخيرة اراد بالميتة ما مات
حتف انفه • اما التي ماتت بالسبب كالخنق والجرح في غير موضع الذبح فالبيع فاسد لا باطل وكذلك ذبائح
المجوسي مال متقوم عندهم بمنزلة الخمر والمراد بقوله عند احد على هذا التقدير ان يموت حتف انفه في حق الميتة
كما ذكرنا • **وقيل** المراد من احد من له دين سماوي لان الذي ليس له دين سماوي كالجماد لا يعتبر وبيع
الحر وان كان جائزا عند البعض وهذا لا يؤثر في الجواز لان الحرية تقتضي الخلوص والخلوص يمنع التقوم والمالية
كذا في بعض الشروح فانه اي الخمر مال عند البعض في المبسوط البيع بالخمر عقد موجب للملك بالقبض فان محل
القبض فان محل العقد المالية في البدلين وبخمر العصير لا تنعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية بكون
منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله ومنافع للناس ولانها كانت العين مالا متقوما قبل •
التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالدهن النجس •
والسرقين الا انه فسد تقومها لضرورة وجوب الاجتناب عنها بالنص ولهذا ثبت مالا متقوما في حق •
اهل الذمة فانعقد العقد لوجود ركنه في محله بصفة الفساد وهكذا ذكر في الايضاح ثم بيع هذه الاشياء
لا يجوز بالنص والاجماع والمعقول • اما النص فقوله عليه السلام ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه وقال
حرمت عليكم الميتة والدم • وقال عليه السلام حرمت الخمر لعينها • وقال عليه السلام لعن الله الخمر وبائعها
ومشتريها • وقال عليه السلام حكاية عن الله تعالى ثلثة انا خصمهم يوم القيمة ومن كنت خصمه خصمته

رجل باع

رجل باع حرا فاكل ثمنه • ورجل استاجر اجيرا فاستوفى عمله ولم يوده اجره • ورجل اعطى بي ثم غدر • وقال
عليه السلام ان اعتى الناس على الله تعالى ثلثة رجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل في الحرم
وقال عليه السلام لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فاذابوها وباعوها واكلوا ثمنها ثم يعلموا ان الله تعالى
اذا حرم شيئا حرم ثمنه • واما الاجماع فظاهر واما المعقول انه فات فيها ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال •
لان هذه الاشياء ليست بمال عندنا كالخمر والخنزير او على الاطلاق كالحر والميتة والدم والباطل لا يفيد ملك
التصرف اي بالاجماع حتى لو اشترى عبدا بميتة فقبضه لا يعتق فيه اي في البيع الباطل عند بعض المشايخ منهم
الامام احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة • وعند البعض منهم الامام السرخسي حتى يكون مضمونا
اي بالقيمة او بالمثل وبه قال الشافعي ومالك واحمد والمراد بالمقبوض على سوم الشراء ما يكون مضمونا في
بالقيمة الحق ثمنه مقررا عند العاقدين كذا قال المشايخ لانه اي المقبوض بالبيع الباطل لا يكون ادنى حالا لانه وجد
صورة العقد هنا ولم يوجد في المقبوض على سوم الشراء وثمة مضمون فاولى ان يكون هنا مضمونا • ايصال
القبض به اي بالبيع الفاسد يعني اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات يملكه ويصير مضمونا
عليه بالقيمة او بالمثل وكذا لو قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح • ولو قبضه بغير اذنه في
غير مجلس العقد لم يملكه وستجيء هذه المسائل بتمامها في فصل احكام البيع الفاسد • قال مشايخ العراق ان المشتري
شراء فاسدا يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك لا باعتبار تملك العين بدليل عدم جواز الوطي
لجارية مشتراة شراء فاسدا وكذا لا شفعة في الدار المشتراة شراء فاسدا وكذا لا يحل اكل طعام اشتراه شراء فاسدا
اذا بيع بجنبها دار وكذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا يجب على البائع استبراؤها • ولو اعتق المشتري
العبد المشترى شراء فاسدا من الاب او الوصي جاز عتقه وكذا لو كان على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما وتسليطهما
عليه لا يجوز وانما لا يحل وطي الجارية المشتراة شراء فاسدا لان الوطي اعراض عن الرد فلا يجوز وكذا في الاخذ
بالشفعة بالقضاء تاكيدا للفساد وتقرره • وعن الحلواني يكره الوطي ولا يحرم ذكره في التتمة وكذا لا يحل الاكل •
لانه اعراض عن الرد كذا في فتاوى قاضي خان • وفيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي
ومالك واحمد ايضا وسنبينه بعد في فصل احكام البيع الفاسد • **قوله** ووجه الفرق حاصل ذلك •
الفرق ان المبيع لو وقع خمرا يكون البيع فاسدا ففي الصورة الاولى يكون البيع باطلا وسواء ادخل الباء في الحر
الا الثمان ويدخل في الاثمان كما ذكر في الاصول في الحمراء وفي الدراهم لان الدراهم خلقت ثمنا فيكون المبيع الخمر
فيبطل البيع • وفي الصورة الثانية يكون البيع فاسدا سواء دخل الباء في الثوب او الخمر لما سيجيء هنا يحتاج الى
معرفة المبيع والثمن في الذخيرة • قال القدوري ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لا يتعين بالعقد فهو مبيع وما
لا يتعين فهو ثمن الا ان يقع عليه لفظ العين فالدراهم والدنانير اثمان ابدا لانها خلقت ثمنا في الاصل اذ هي وسيلة
قال الله وشروه بثمن بخس دراهم معدودة الاية • وقال الفراء الثمن ما يكون في الذمة والاعيان ليست من
ذوات الامثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة ابدا وفيما والعدديات المتقاربة مبيع وثمن فان قابلها
بالدراهم والدنانير فهي مبيعة وثمن وليس احدهما باولى من ان يجعل مبيعا فجعلنا كل واحد ثمنا من وجه مبيعا
من وجه فان كانت المكيلات والموزونات غير معينة فان استعملت استعمال الاثمان بان ادخل الباء فيها
فهو ثمن • وقال شيخ الاسلام خواهرزاده المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه الباء او لا لانهما من
ذوات الامثال فصارا نظير الدراهم والدنانير والفلوس بمنزلتهما في انهما لا يتعين بالتعيين وكذا اذا باع الخمر
بالثوب ان يكون البيع فاسدا الا باطلا • وان دخل الباء في الثوب لما ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت
معينة فهو معينة ومثمن والكلام فيما اذا كان الخمر والثوب متعينين فيكون بيع مقايضة وفي بيع المقايضة يكون
كل واحد من العوضين ثمنا ومثمنا فرجحنا جانب الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن •

البطلان بقدر الامكان والمقابضة هي بيع العرض بالعرض وسمي بها لتساوي العينين في العينيه يقال هما قيضان اي متساويان كذا وجد بخط الامام الزرنوجي • فان قيل في هذا تغيير للعقد لان العاقد جعل الخمر مبيعا بدلالة حرف البا في الثوب وفي هذا يصير ثمنا فيكون تغييرا • قلنا التغيير اهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع ان في المقابضة يصلح كل واحد ثمنا ومثمنا فلا يلزم التغيير ايضا قال شيخ الاسلام اتفقت الروايات على ان ثمن الخمر والميتة غير مملوك واما اختلفت انها امانة او مضمونة • وفي بعض نسخ الجامع الكبير انه اذا انفق ثمن الخمر والميتة لا يلزمه القضا لان المشتري سلطه على ما اشترى من التصرف فيه فكان انفاقه باذنه • قوله ومعناه باطل اي لا يملك عند اتصال القبض • فان قيل لو كان بيع هولا باطلا لكان بيع الحر سوا فحينئذ يجب ان يفسد البيع في القن اذا ضم مع هولا في البيع كما يفسد بيعه اذا ضم مع الحر وليس كذلك • قلنا المراد بالبطلان وهنا ان لا يملك هولا مع القبض كما يملك في البيع الفاسد لعدم قابلية انتقال الملك لا انهم لا يكونون محلا للبيع فانهم يدخلون في البيع باعتبار الصلاحية في الجملة ثم يخرجون من حكم البيع بعد الدخول لاستحقاقهم نوع حرية • قوله اعتقها ولدها هذا اللفظ بظاهره يوجب الاعتاق والحقيقي لكن حمل على حق العتق لما ذكرنا في باب الاستيلاد وفي جمع المجمع والمجاز مراد من هذا اللفظ بالاجماع • والدليل اما الدليل فهو المؤثر في الحرية انما هو الحرية التي بين الوالد وولده وهو اقوى من الحرية بين المولى وام الولد لانها بواسطة الولد وتلك بلا واسطة فلذلك اثر الاقوى في تنجيز عتق الولد في الحال واثر الاضعف في تاخير عتقها الى ما بعد الموت لئلا يودي ذلك الى الاستوا في الحكم مع التساوي في الدليل ولا خلاف للفقها • في ان بيع ام الولد لا يجوز • وقال داود يجوز ويروى عن علي وابن عباس ثم عند محمد لو حكم ببيع ام الولد حاكم لم ينفذ حكمه ولم يصر ملكا للمشتري • وعن ابي حنيفة وابي يوسف ينفذ لانه مجتهد فيه وجه قول محمد وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا ان قضا العقد الاجماع على خلافه فلا ينفذ لثبوت رجوع القائلين بصحته من الصحابة • اما لو انفذ هذا القضا قاض اخر نفذ حكمه وصار ملكا للمشتري وعليه الفتوى وهذا بنا على ان الاتفاق اللاحق يرفع الخلاف السابق ام لا • والمسلة مذكورة في الاصول فمن قال بذلك قال ان القضا الاول في مجتهد فيه فاحتاج نفاذه الى تنفيذ قاض اخر • قوله وسبب الحرية انعقد في حق المدبر واعتبرنا التدبير سببا في الحال على خلاف سائر التعليقات فان فيها الشرط مانعا لانعقاده سببا في الحال لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقا الاهلية والموت ينافي الاهلية فدعت الضرورة الى القول بانعقاده سببا في الحال بالخلاف وتاخر الحكم الى ما بعد الموت فصار طريقه بطريق الوصايا فان الوصية تنعقد سببا في الحال تاخر الحكم الى ما بعد الموت كالقرابة واذا ثبت القول بانعقاده سببا في الحال امتنع البيع فيه كذا في الايضاح • فان قيل اهلية التعليق عند وجود الشرط حقيقة ليس بشرط بدليل ان المعلق اذا جن بعد التعليق عند وجود الشرط يقع الطلاق المعلق • قلنا الفرق بين الجنون والموت ظاهر لان الجنون عارض فان كان اهلا عند وجود الشرط اما الموت كان لا محالة فكانت الاهلية بطلت بالكلية • اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان الشرع جعل المعدوم موجودا حكما اذا امكن وجوده حقيقة ولا يمكن ان يعتبره الشرع حيا بعد الموت لانه مرتب الاحكام على حكمه بموته بيننا فصار اذا امتنع انعقاده سببا بعد الموت تعين انعقاده في حال وجوده كما في البيع بالشرط • ومتى وجد سبب العتق امتنع التصرف فيه بتمليك لتضمنه ابطال حق الحرية وحق الحرية ملحق بحقيقة الحرية لازمة في حق المولى اي بحيث لا زمة بدليل ان المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب وغير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخ الكتابة بتعجيز نفسه لبطل ذلك اي استحقاق اليد اللازمة وانه لا يجوز

ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هولا لم يحنث ذكره في جامع المحبوبي وللشافعي في بيع المكاتب قولان اصحهما انه لا يجوز وهو قولنا وقول مالك واحمد • وقال في القديم يجوز • وفي المطلق اي المدبر المطلق هو الذي علق عتقه بالموت من غير تعرض بصفة كقوله انت حر بعد موتي او ان مت فانت حر وقد مر الوجه من الجانبين في باب الاعتاق وهو رواية عنه اي عن ابي حنيفة في حق المدبر لا في ام الولد لانه تضمن ام الولد باتفاق الروايات عنه لانه لا تقوم لام الولد عنده اما المدبر يضمن قيمته بالبيع كما يضمن بالغصب وهو رواية المعلى عنه لهما انه اي المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع وهو ان يقبض شيئا ليشتري بعض القبض ان وافقه كذا في مختلفات القاضي فيكون مضمونا عليه اي على المشتري القابض كسائر الاموال يعني اذا قبض على سوم الشرا وهذا اي كونهما مضمونين بالقبض باعتبار ان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما من القن بخلاف المكاتب فانه لا يضمن المشتري وان دخل تحت المبيع اذا ضم بالقن لانه في يد نفسه لانه حر يدا فلا يتحقق القبض في حقه وهذا الضمان باعتبار القبض وبهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع اي حقيقة حكم البيع وهو الملك لان ضمان القيمة في الاصل مقابل بملك المبيع ولا فساد في البيع الا من جهة الثمن حتى اوجبنا ضمان القيمة عليه ولو قلنا بالضمان لا يكون مقابلا بالملك المبيع فصار عدوانا محضا كذا في جامع البزدوي فصار كمال المشتري يعني لو اشترى مال نفسه لا يجوز ولو ضمه مع عبد البائع صفقة واحدة فان عبده يدخل في شرائه ثبت الملك في حق البائع وهذا لانهما مالان حقيقة وحران من وجه فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد على غيرهما ولم يدخلا في حق انعقاده على نفسهما عملا بالدليلين بخلاف الحر لانه ليس بمال بوجه ومعنى قول المصنف وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا • وفي المحيط هذا اذا باع هولا اما لو باع عبدا مدبرا وام ولد ومكاتب ينعقد البيع اما المعتق البعض فلا يجوز بيع باقيه عند ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده وعندهما حر وقال الشافعي ان كان المعتق معسرا يجوز بيع باقيه لتحقق الرقبة فيه • وقلنا انه مكاتب او حر لما مر في العتاق فلا يجوز بيعه والاولاد المولود ون من هولا حكمهم في البيع حكم هولا لان الصفة القارة تسري الى الولد وفي المجتبى في جمع البخاري وغيره بيع الخمر والميتة وذبيحة المجوس والمحرم ومتروك التسمية عامدا وبيع الصبي الذي لا يعقل والمجنون وبيع هوام الارض وما يسكن في الما الا السمك باطل وكذا لو باع مالا متقوما بهذه الاشيا باطل الا الخمر والخنزير لو باع ثوبا على انه هروي • قيل هو باطل لا يملك بالقبض وقال الكرخي فاسد او على انه ياقوت فاذا هو زجاج او على انه غلام فاذا هو جارية او بدين عليه وهما يعلمان ان لا دين عليه وبيع الكلا في ارضه قبل القطع والما في الحوض او البير باطل • واختلف في بيع الوفا فاكثر المشايخ على انه حكمه حكم الرهن والصحيح ان العقد اذا كان بلفظ البيع لا يكون رهنا وان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان عقدا من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة جاز ويلزمه الوفا بالوعد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعله لازمة لحاجة الناس • قوله ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد ولا بيع الطير في الهوا لما روي عن ابن مسعود وابن عمر انهما قالا لا تبيعوا السمك في الما فانه غرر ولا خلاف للائمة الاربعة فيه ثم القاه فيما اي في الحضيرة كالحوض والبركة لانه لا يقدر على تسليمه الا بالاكتساب سبب الملك به ابتداء وهو الاصطياد • وفي قوله عن مقدار التسليم اشارة الى انه لو كان الحظيرة صغيرة يمكن اخذها بلا اصطياد يجوز اما لو كانت كبيرة لا يمكن اخذها الا بحيلة كذا في جامع قاضي خان وبه قال الشافعي لم يسد عليها المدخل فيد به لانه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار اخذا له بمنزلة ما لو وقع في شبكته فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه كذا في المبسوط وفي الكافي لو سد موضع دخول الما او الكرم وصار بحال لا تستطيع الخروج عنها لا يصح البيع لان بهذا القدر ليس باحراز فصار كطير طار في بيت انسان فسد الباب والكوم لا يصير محرزا بهذا القدر ما لم ياخذه • وقيل يصح البيع ان امكن اخذه بلا اصطياد لانه لما فعل صار اخذا له حكما

فصار حكما له كما لو وقع في شبكته وهذا الخلاف فيما اذا لم تهيأ الحظيرة للاصطياد اما اذا هيأها له
ملكه بالاحلاف • وفي الحلية وحكى عن عمر بن عبد العزيز وابن ابي ليلى جواز بيع السمكة في بركة عظيمة وان احتيج
الى مؤنة كثيرة وحكاه ابو العباس قولا اخر من الشافعي قال شيخ الاسلام وغيره باع سمكة في حظيرة لا يستطيع
الخروج منها ولا يؤخذ الا بحيلة لم يجز وان قدر عليها بلا صيد جاز وللمشتري الخيار اذا راها على الاصح لان
الرؤية لا تتم في الماء • وقال الشافعي اذا كان الماء صافيا بحيث يرى ما فيه لا خيار له وهذا اذا اخذها
والقاها فيها او ادخلها باحتياله او سد موضع الخروج منها اما اذا اجتمعت بانفسها فبيعها باطل كيف ما
كان لعدم الملك كصيد افرخت او باضت او تكنست او تكسرت في ارض انسان لا يملكها ولا فرخها ولا بيضها
ما لم ياخذ وكذا من نصب خيمة او شبكة للجفاف فتعلق بها صيد لا يملكه الا ان ياخذه بخلاف ما اذا نصبها
للصيد وهكذا كمن وقع السكر والدراهم المنثورة في حجره لا يكون له الا اذا هيأ حجره او بسطه لذلك
ومن اعد ارضه لفراخ الصيد ففرخت فيها عن محمد انه له لانه اخذ حكما كناصب الشبكة للصيد • وكذا
من هيأ مكانا للسرقين فله ما وقع فيه عند البعض اما النحل اذا اعسل في ارضه فله بكل حال لان
العسل ليس بصيد بل هو قائم بارضه كالشجر والزرع الذي ينبت بها كذا في المجتبى وفي فتاوى الفضلي اهل
السكة كانوا يرمون بالرماد والتراب والسرقين في ساحة ممن ملك لرجل ان ذلك لمن سبق بالرفع سواء
هيأ المكان له او لا • **قوله** ولو ارسله من يده ذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجي كالحمام فالظاهر
انه لا يجوز • وفي فتاوى الكبرى باع فرسا في حظيرة فقال البايع سلمته اليك ففتح المشتري فذهب المشتري
ان امكنه اخذه من غير عون كان تسليما والا فلا لانه لو مد يده لا يمكنه الاخذ • **قوله** ولا بيع الحمل بسكون
الميم وهو الجنين اي لا يجوز بيعه يعني نتاج الحمل وهو حبل الحبلة ولا بيع المضامين والملاقيح ولا خلاف فيه
لاحد النتاج مصدر نتجت الناقة بالضم واريد به ههنا المنتوج • والحبل مصدر حبلت المراة حبلا فهي حبلى
فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت التاء عليه للاشعار بمعنى الانوثة فيه كذا في الصحاح والمغرب
وفي المبسوط منهم من روى بالفتح فيكون المراد بيع من تحمل هذا الحمل بان ولدت الناقة ثم حبلت ولدها
والمراد بيع حمل ولدها وقد كانوا يتعاملون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع
المضامين والملاقيح • وعن بيع حبل الحبلة والمضامين ما تضمنته الاصلاب والملاقيح ما تضمنته الارحام
وقيل ما يكون مستور العاقبة • وعن علي الغرر على ما لا يؤمن معه غرور • وقال الازهري يدخل
في الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بها علم المتعاقدين وفسر الغرر بالخطر والخطر ما فيه تردد بين ان
يكون وبين ان لا يكون • **قوله** ولا اللبن يجوز بالرفع والجر في حذف المضاف وابقائه تقديرا اي لا يجوز
بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يجوز اياما معلومة اذا عرف قدر حلابها
ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الاشجار • وقال الحسن البصري يجوز في الزمان اليسير لامكان تسليمه
وكذا الصوف على ظهر الغنم لا يجوز عندنا وبه قال الشافعي واحمد • وقال مالك والليث بن سعد يجوز بشرط
الجز لامكان تسليمه • **ولنا** ما روى ابن عباس انه عليه السلام نهى ان يباع صوف على ظهر او لبن في ضرع
او سمن في لبن ولان اللبن في الضرع قد لا يكون فانه لا يدرى ما في الضرع لبن او ريح فلا يجوز للغرر ويتنازعان
في كيفية الحلب يعني يحلب البايع قليلا ويقول لم يبق بعد • ويقول المشتري احلب اشد واقوى فلا يحصل التسليم
وهذا جواب عن قول مالك والحسن فيختلط اي يختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز لان اللبن يزداد ساعة
فساعة وتلك الزيادة لم يتناولها البيع فيختلط المبيع بغيره • وبيع اللؤلؤ في الصدف كبيع الحمل واللبن في
الضرع • فقال ابو يوسف يجوز ويتخير اذا راه لانه مقدور التسليم كما اشتراه فلا ضرر لانه اي الصوف من
اوصاف الحيوان لقيامه به ولا المقصود من شراء الشاة اللحم لا الصوف فيكون بمنزلة الوصف والوصف لا يجعل

مقصودا

مقصودا اما افراد البيع فلا يجوز من اسفل بالضم على البناء لانه من الحيوان النبت فيختلط المبيع بغير المبيع على وجه
يتعذر بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف والقوائم الفارسية خادما فانه وان كان يختلط المبيع بغيره يكون لا على
وجه يتعذر التمييز لانها انما تزيد من اعلى فيكون موضع القطع معينا فلا يؤدي الى جهالة المبيع ولانه يزيد على
ملك المشتري فيكون له وعن الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلا
فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى على ان يقطعها لا يجوز لجهالة موضع القطع • وبيع الكراث يجوز وان كان
ينمو من اسفله للتعامل كذا في التتمة • وفي المبسوط وانما يظهر كون الصوف يظهر من اسفل بنوع امتحان وهو ان
يجعل على موضع القطع علامة فاذا مضى زمان فان العلامة تعلو • وفي القوائم لا تعلو • وفي شرح الطحاوي
الاصل في جنس هذه المسائل ان بيع الشي في غلافه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وساير الحبوب في سنابلها والذهب
والفضة في ترابهما بخلاف جنسه من الثمن • اما اللبن في الضرع واللحم في الشاة واليتها واكارعها والدهن في
الحنطة والسمن في اللبن وما اشبه ذلك من الاشياء التي في خلقتها كذلك بحيث لا يمكن اخذها الا بافساد
الخلقة فلا يجوز • وبخلاف القصيل وهو الزرع الرطب في الارض فانه يجوز بيعه لا يقطع فلا يؤدي الى النزاع
والقلع في الصوف متعذر فيتعين القطع والقطع غير معلوم فيتنازعان في ذلك وعند التنازع لم يبق مقدور
التسليم وهو اي الحديث حجة على ابي يوسف في هذا الصوف وهو الصوف على ظهر الغنم لا مطلق الصوف
فيما روي عنه عن ابي يوسف • ووجهه انه باع مالا منتفعا به مقدور التسليم في الحال فيجوز كبيع قوائم الخلاف
وفي الايضاح عن ابي يوسف انه يجوز بيعه على ظهر الغنم • وذكر محمد في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم
جاز لانه يستباح الاخذ منه قبل الذبح فجاز بيعه • والصلح عليه كالقصيل في الارض وقد بينا الفرق بينهما في
ظاهر الرواية وهو ان النمو في القوائم والقصيل من اعلا وفي الصوف من اسفل • **قوله** وجذع في سقف
وذراع في ثوب اي لا يجوز بيعهما • المراد ثوب يضره القطع كالعمامة اما في الثوب الذي لا يضره القطع
يجوز بيع ذراع منه كالكرباس كما يجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الامام العتابي وغيره • وفي الايضاح
وكذا لو باع حلية من سيف لانه لا يتخلص الا بضرر • او نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكنه تسليمه الا بقطع
جميعه • وكذا لو باع ما يصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه • ولو باع ذراعا من خشبة لانه اي الجذع
لا يمكن تسليمه الا بضرر اي بضرر يلحق البايع • **فان قيل** يلزم هذا الضرر البايع برضاه حيث التزم ذلك
قلنا انه التزم العقد والعقد لم يوجب عليه ضررا فكان فيه اضاعة بلا ضرورة كذا قيل وفيه نوع
تامل • وفي الفوايد العقد مشروع والضرر غير مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا تلزم
المحاباة لانه ليس فيه تفويت باستهلاك المال ولا بيع الحباب في الدار اذا لم يمكن اخراجها الا بقلع الباب
لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع ههنا يتعيب عينه ايضا وفي الحباب انما يتعيب ما دون
الحباب • وفيما اذا اشترى نخلا او شجرا على ان يقطعه المشتري او زرعا على ان يحصده قالوا يجب ان يجوز لانه
امكن تسليمه من غير ضرر بالارض وفي هذا التعليل اشارة على ان التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء النجم
بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا يمكن القلع الا بحفر الارض • وعند البعض يجوز للتعامل فصار كبيع الكراث
يجوز للتعامل وان كان القياس باباه لانه ينمو من اسفله ولو لم يكن اي الذراع والجذع معينا لا يجوز لما ذكرنا
وهو انه لا يمكن تسليمه الا بضرر • وللجهالة ايضا اي لجهالة المبيع ولا خلاف لاحد ان جهالة المبيع تمنع
الجواز لان في وجودهما اي وجود النوى في التمر والبزر في البطيخ احتمالا يعني يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون
وفي الايضاح • واما بزر البطيخ ونوى التمر فذلك متصل به خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم
ثابتا في الاصل لا لافساد شي غير مستحق بالعقد وكذلك حل السمسم والزيت والزيتون لانه معدوم
فاما الجذع غير موجود اي قايم بنفسه لا تابع لغيره واتصاله انما ثبت بعارض وكان القلع دفعا

للعارض فاذا احمل الضرر وقلعه زال المانع • فان قيل يلزم على هذا ما لو باع جلد الشاة المعينة
او كرشها او اكارعها ثم ذبحها وسلم الجلد لا ينقلب الى الجواز وان كان عينا موجودا قلنا الجنس هذه
هذه المسائل علتان مستقلتان فكل واحد منهما تاثير في عدم الجواز احديهما ما ذكر في الكتاب ان في
وجودهما احتمالا اي شئ معيب في غلافه والثانية نهي ان يكون المبيع وان كان موجودا لكنه متصل
بغير المبيع خلقه فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم مناك معنى اصلي الا انه اعتبر عاجزا المانعة من
افساد شيء غير مستحق بالعقد وذلك يستقيم في الجلد لا في الجذع لما انه غير موجود واتصاله بعارض
الا انه عد عاجزا عن التسليم حكما لما فيه من افساد بنا غير مستحق بالعقد فاذا قلعه واحمل الضرر
زال المانع اليه اشير في الذخيرة والايضاح وفي المجتبى في جمع البخاري باع اذرعا من خشبة او •
ثوبا من جانب معينا لا يجوز فان قطعه وسلمه المشتري لم يجبر على القبول الا ان يقبل برضاه • وقيل
لم يجز الا ببيع مستانف • وقيل ينعقد تعاطيا عند اخذه • وقيل ينفذ من الاصل وفي جواز بيع التبن
قبل ان يداس والارز الابيض قبل الدق والحنطة قبل الدرس وحب القطن في قطن بعينه ونوى تمر في تمر
بعينه روايتان ولو باع فص الخاتم وفي زرعه ضرر لا يجوز • **قوله** وضربة القانص اي لا يجوز بيع ما يخرج
من رمي القانص اي الصياد شبكته على الصيد ولا خلاف لاحد فيه • وفي تهذيب الازهري ما يخرج
من ضربة الغائص بالغين والبا وهو الغواص على اللآلي وذلك ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة
فما اخرجت فهو لك بكذا ولان فيه اي فيما يخرج من ضربة القانص غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة
صيد ولانه معدوم في الحال • **قوله** وبيع المزابنة اي لا يجوز بيع المزابنة والمزابنة لغة المدافعة من الزبن
وهو الدفع ويسمى هذا النوع من البيع بها لانها تودي الى النزاع لانها مبنية على التخمين والغبن فيها فيما
يكثر فيريد المغبون دفعه والغابن امضاه فيتدافعان خرصا نصب على التمييز من مثل كيله يقال خرص النخل
خرز ما فيها خرصا من حد نصر كذا في المغرب والمزابنة ما ذكرنا وبه قال الشافعي واحمد • وقال مالك
المزابنة ضمان الصبرة بقدر معلوم بان يقول اضمن لك صبرتك بكذا صاعا فيكال الا ان زاد فلي وان نقص
فعلي • والمحاقلة بيع الحنطة الى آخره وبه قال الشافعي واحمد وهذا التفسير ان كان من النبي عليه
السلام فذاك • وان كان من الراوي فهو اعرف بتفسير ما رواه • وعن مالك المحاقلة بيع كرا الارض
ببعض ما يخرج منها من الثلث او الربع او غيرهما • **وقلنا** الحقل لغة القراح يزرع كذا قاله الازهري في
الصحاح الحقل الزرع اذا انشقت ورقه ولان ما قاله مالك نوع من القمار والنبي عليه السلام قصد النهي عن
العقد بطريق الخرص اي الحزر لان فيه شبهة الربوا والشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات موضوعين او كانا
على النخل لشبهة الربوا • وقال الشافعي يجوز اي شراء التمر بتمر مجذوذ على الارض خرصا فيما دون خمسة اوسق
ولا يجوز فيما زاد عليها قولا واحدا وبه قال احمد • وفي قدر خمسة اوسق له قولان له ما روى عن سهل بن حثمة
عن ابي هريرة انه عليه السلام نهى عن بيع التمر بالتمر الا انه رخص في العرية وهو ان تباع بخرصها تمرا ياكلها
اهلها • وفي رواية نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهي ان تباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق •
ودليله ان العرية ما ذكره زيد بن ثابت فانه لما سئل ما عراياكم هذه قال ان الرطب لياتينا ولم يكن في
ايدينا نقد نبتاعه به وعندنا فضلات قوتنا من التمر فرخص لنا رسول الله ان نبتاع بخرصها تمرا فناكل •
مع الناس رطبا ولان ما على رؤس النخل لا يتاتى فيه الكيل فاقام الشرع الخرص مقام الكيل للحاجة تيسيرا
بخلاف ما اذا كانا موضوعين على الارض لعدم الحاجة وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت
مع الخرص يتقدم ويقل في القليل ويكثر في الكثير • والفرق بين التفاوت اليسير والكثير اصل في الشرع
حتى ان الزيادة التي تدخل بين الكيلين تجعل عفوا بخلاف ما نا دعلى ذلك وما دون خمسة اوسق قليل والزائد

عليه كثير فلا يجوز • وفي مقدار خمسة اوسق قولان في قول يجوز وهو منقول المزني عن الشافعي لاطلاق
حديث سهل وفي قول لا يجوز وهو مختار المزني ومذهب احمد لان النهي عن المزابنة معلوم محقق والرخصة
في خمسة اوسق مشكوك فيه والاول اظهر عند صاحب الوجيز والثاني عند صاحب التهذيب
واكثر الاصحاب كذا في شرح الوجيز • وفي الحلية ولا فرق بين الغني والفقير خلافا لاحمد • ولو باع من
جماعة او من واحد ثمرات لجملة ثمرات الحائط على شرط العرايا جاز • وكذا يجوز العرايا عنده في العنب
بالزبيب بشرائطه ولا يجوز ذلك في ساير الثمار على الاصح • وقوله تمرا نصب على التمييز من بخرصها قال في
قوله ان يباع مسند الى ضمير يرجع الى التمر الذي على راس النخل لان الكلام فيه وانث ضمير البارز في
بخرصها على انه جمع التمرة • وفي مثله يجوز التذكير والتانيث وكان تقديره وهو اي بيع العرايا
ان يباع التمر الذي على راس النخل بخرصها تمرا مجذوذا مثله حزرا • **قوله** وقلنا في المكسوط لنا قوله
عليه السلام التمر بالتمر الحديث وما على رؤس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث
متفق على قبوله فيرجح على الخاص المختلف في قوله ونهى النبي عليه السلام عن بيع المزابنة والمحاقلة وقد
مر تفسيرهما • واما العرية التي فيها الرخصة فهي العطية دون البيع وبه قال مالك • قال عليه
السلام للخواصين خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية • والخروص لا يستحق التخفيف بسبب البيع
بل بسبب العطا • وتفسير العطية ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول
المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في بستانه ولا يرضي من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة
فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا جائز عندنا
لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا
عنه بل هبة مبتداة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد •
واتفقوا ان ذلك في ما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده
كذا اوله عيسى بن ابان وقال الحمل على هذا اولى ليبقى نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر على عمومه وزيد
بن ثابت فلا اجراز العرية الهبة حيث قال العرية النخلة والنخلتان في بستان فيبيعها بخرصها تمرا وهكذا •
نقل عن مالك ولا يقال اذا كان تاويل الحديث ذلك لا يبقى لذكر الرخصة معنى لانا نقول معنى الرخصة
ان يحبس ما اعرى ويعطي خرصه تمرا بدلا لانما وهبه اذا وهبه من ان يكون اثما ولا في حكم من اخلف وعده
كذا قيل وقد يقرن الشي بالشي وان كان حكمهما مختلفا والقياس معنا في المسئلة لانه مكيلا بمكيل •
من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض او كانا على رؤس النخل وكما في ساير المكيلات
فانه لو باع الحنطة او الشعير المستحصد بشعير او حنطة مثله بطريق الخرص لا يجوز فكذا هذا وتاويله •
اي تاويل قوله ورخص في العرايا اي بيع المعرى له اي بعوض وفي الكافي حمل الحديث على ما ذكرنا
للحديث المشهور • والعرية لغة النخلة التي يعريها صاحبها للفقير • **وقيل** سميت ما ذكرنا عرية
لانه عريت من التحريم ولانه لما وهب ثمرتها للفقير فكانه جردها من الثمرة فصارت عارية من الثمرة
فعلى الاول فعلية بمعنى مفعول • وعلى الثاني بمعنى فاعلة كذا في المغرب • **قوله** ولا يجوز البيع بالقا
الحجر الى آخره ولا خلاف للفقها فيه ولان فيه في كل واحد من هذه البيوع تعليقا اي تعليق التمليك
بالخطر وفيه معنى القمار • وفي شرح الوجيز للملامسة ثلث تاويلات احدها ان ياتي بثوب مطوي
او في ظلمة فيلمسه المستام فيقول صاحبه بعتك هذا بكذا بشرط ان يقوم لمسك مقام نظرك ولا
خيار لك اذا رايته وهو تاويل الشافعي في المختصر وهذا البيع باطل والثاني ان يجعلا نفس اللمس بيعا
بان يقول البايع للمشتري اذا لمست ثوبي فهو مبيع منك وهو باطل لما فيه من التعليق • والثالث ان يبيعه شيئا

على انه متى لمسه فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس وهذا فاسد ايضا للشرط الفاسد • وللمنابذة ثلاث
تاويلات ايضا احدها ان يجعل نفس نبذ الثوب بيعا بان يقول انبذ ثوبي اليك وتنبذ ثوبك الي على ان كل
واحد بالآخر او يقول انبذ ثوبي اليك بعشرة وهو تاويل الشافعي في التاويلات المختصر • والثاني ان يقول
بعتك هذا بكذا على اني اذا نبذته اليك فقد وجب البيع وحكمه ما مر في الملامسة • والثالث ان المراد
منه نبذ الحصاة وهو ان يقول بعتك بكذا على انك بالخيار الى ان ارمي بهذه الحصاة او يجعل نفس الرمي بيعا
والبيع باطل في الكل لما روى ابو هريرة انه عليه السلام نهى عن بيع الملامسة والمنابذة يتناول
الكل • وفي المنتقى قال ابو حنيفة الملامسة ان يقول البائع ابيعك هذا الثوب بكذا فاذا لمسته وجب
البيع او يقول المشتري كذلك والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر وجب البيع وهذا قولهم •
كذا في الكافي وفي النهاية سام البائع السلعة عرضها على البيع وذكر ثمنها وسامها المشتري اي استامها
سوما فاذا لمسها اي المشتري اي السلعة لزم البيع رضي البائع او لم يرض • **قوله** ثوب من ثوبين ولذا عبد
من عبدين لا يجوز ولا خلاف فيه لاحد حتى لو قبضهما وماتا معا يضمن نصف قيمة كل واحد لان احدهما
مضمون بالقيمة لانه مضمون بحكم البيع الفاسد والآخر امانة وليس احدهما باولى من الآخر فشاعت الامانة
والضمان ولهذا لو كان البيع صحيحا بان كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد والفاسد معتبر
بالصحيح والقيمة ههنا كالثمن ثمه ولو ماتا مرتبا ضمن قيمة الاول لانه تعين مضمونا لتعذر الرد فيه ولو
حررهما معا عتق احدهما لانه ملك احدهما بالقبض وان حرر احدهما لم يصح اي قال البائع او المشتري •
احدكما حر ولو قالا معا او متعاقبا عتقا لان كل واحد عتق ملكه وملك غيره فيصح في ملكه والبيان
الى المشتري لان من نفذ فيه عتقه مضمون بالقيمة والقول في المضمون قول الضامن • ولو قبض احدهما
بان البائع فهلك غرم قيمته كذا في الكافي وقد ذكرناه اي في باب خيار الشرط • وفي المجتبى وفي بعض
النسخ ولا بيع ثوب من ثوبين نسا والجنس واحد وليس هذا في اعم الشروح واكثر النسخ وموضعه في باب
الربا • **قوله** والمراعي اي بالمراعي الكلا اطلاقا لاسم المحل على الحال وانما احتاج الى هذا التاويل لان
لان لفظ المرعى يقع على الارض • وبيع الارض واجارتها جائز بالاجماع سواء كان الكلا فيه او لم يكن •
بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا في الكلا النابت في ارضه لا
ينقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فبقي على اصل الاباحة فلم يستفد المشتري بهذا العقد شيئا لم يكن
له فيبطل ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب اما اذا اراد
ان ياخذ الجمر لا يكون له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري • وفي الكلا والماء لصاحب الارض ان يمنع
من الدخول في ارضه لا الكلا فاذا امتنع منه لغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه
او تدفعه الي او دعني اخذه وهكذا الحكم في ثوب قد وقع في دار رجل وكذا حوض في كرم او بزرفه ولو
باع الكلا او الماء بعد الاحراز جاز لانه صار اخص به من غيره فجاز بيعه كذا ذكره الامام قاضي خان •
والتمرتاشي • **فان قيل** لو كان كونه اخص به من غيره مجوز للبيع • الكلا اذا انبته صاحب الارض بالسقي
والتربية في ارضه • **قلنا** فيه اختلاف الرواية فانه ذكر في الذخيرة والمحيط بيع الحشيش في
ارضه جائز وان كان الارض سقاها لاجل الحشيش لانه ملكه الا ترى انه ليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه
ولو نبت بنفسه لا يجوز لانه مباح بالنص وهكذا ذكر في النوازل • وفي القدوري لا يجوز بيع الكلا
في ارضه وان ساق الماء الى ارضه ولحقه مؤنة لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما ينقطع الشركة
بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة • ولكن ذكر التمرتاشي والاسبيجابي من المتاخرين جوازه مطلقا
ولو احتشه انسان بغير اذنه كان له الاسترداد وهو مختار الصدر الشهيد وذكر في اختلاف

ابي حنيفة

ابي حنيفة وزفر نبت الكلا بانباته جاز بيعه وكذا لو صد وحول ارضه وهياها للانبات حتى نبت
صار ملكا له • وذكر الحلواني عن محمد الكلا ما ليس له ساق وما قام على الساق فهو ليس بكلا كالحاج
فيه روايتان عن محمد في رواية بمنزلة الشجر واليه ذهب ابو جعفر وفي رواية بمنزلة الكلا وهو
محمول على ما انبسط على وجه الارض وكان الفضلي يقول هو كلا • وفي الايضاح لا يجوز بيع الكلا
في ارضه ولا ماء في نهره او بئره وبه قال الشافعي ومالك واحمد وهكذا ذكر الطحاوي لانه
على اصل الاباحة فما لم يحرزه لم يجز بيعه كبيع الصيد في ارضه ما لم ياخذه وكذا لا يجوز بيع الكماة في
ارضه ما لم يقلعها وكذلك بيع السمكة في نهره او اجمته وقد مر التفصيل في بيع السمكة فهذا اولى
لانها على استهلاك عين غير مملوكة فاولى ان لا يصح لان محل الاجارة كالصبغ واللبن في استيجار الصباغ
والظئر لان اللبن آلة للحضانة والطرق كذا في الفوائد الظهيرية • وذكر التمرتاشي لبن بني آدم في
حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه • والحيلة في ذلك ان يستاجر الارض ليضرب فيه فسطاطه
ويجعله حظيرة لغنمه فتصح الاجارة ويبيح صاحب المراعي الانتفاع بالمرعى فيحصل مقصودهما • **قوله**
وهو قول الشافعي وفي كتبهم في بيع النحل في الكوارة وجهان احدهما لا يجوز وهو اختيار ابي حامد
هذا اذا لم يشاهده ولو اجتمع في الكوارة وشاهده جاز بيعه وكذا لو شاهده خارج الكوارة
ففي جواز بيعه له وجهان ومحل الخلاف نحل العسل اما نحل غير العسل لا يحل بالاجماع لانه من الهوام
كالزنابير لانه اي النحل حيوان منتفع به حقيقة وشرعا لاطلاقه الانتفاع به والانتفاع تارة يكون بواسطة
وطورا بلا واسطة يعني شرعية المعاملات لدفع الحاجة يختص بمحل الانتفاع وهو منتفع • ولهما
انه اي النحل من الهوام جمع الهامة وهي دود الارض فلا يصح بيعه كالزنبور والحية والعقرب والوزغ
وهذا لان الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه فقبل الحدوث والتولد لا ينتفع به والعين انما تصير مالا
لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل ذكر القدوري انه يجوز في شرحه عندهما
انه يجوز تبعا له كما في بيع الارض مع الشرب وبيع العذرة المختلطة بالتراب كذا ذكره الكرخي في مختصره
ولكن ذكر في الكافي وانكر الكرخي جواز بيع النحل مع العسل وقال الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا
كان من حقوقه كالشرب من الارض وهذا ليس من حقوقه وهكذا ذكر في الايضاح • وقال فيه والكرخي ذكر
في جامعه التعليل الاول عن ابي يوسف وبقوله لا بعينه احتراز عن بيع الجحش والمهر فانهما وان كانا لا
لا ينتفع بهما في الحال باعتبار مآلهما فيجوز بيعهما • عن الغوري الكوارة بضم الكاف وتشديد الواو ومعسل النحل
اذا سوي من طين • وفي التهذيب كوارة النحل مخففة • وفي المغرب الكوارة والكوارة بالكسر من غير تشديد
وقيد الزمخشري بكسر الكاف وفي العربين بالضم • **قوله** واذا ظهر فيه القز لانما اذا ظهر القز فيه صار
منتفعا به في المستقبل كيف ما كان اي سواء معه القز ام لا وبه قال الشافعي واحمد وهو اختيار الصدر
الشهيد وعليه الفتوى للتعامل كذا في الذخيرة وجامع المحبوبي • بيضه اي بيض دود القز وهو الذي يقال
بالفارسية تخم نيله لانه غير منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك الغير معدوم في الحال
وفي وجوده في المآل خطر وعندهما اي عند ابي يوسف ومحمد يجوز وبه قال الشافعي في
وجه واحمد وعليه الفتوى لمكان الضرورة ذكره في الذخيرة والامام المحبوبي والصدر الشهيد • وفي
الفوائد الظهيرية فابو حنيفة لم يجوز فيهما ومحمد جوز فيهما وفرق ابو يوسف ففي النحل مع ابي حنيفة وفي
الدود مع محمد فقال ما ظهر من القز فيه منتفع به في المستقبل فكان كالجحش والمهر بخلاف النحل واضطرب في
قيل مع ابي حنيفة كما في دوده • **قوله** والحمام اذا علم عددها الى آخره وفي فتاوى قاضي خان لو باع
طيرا يطير في الهواء ان كان راجعا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا وكذا

بيع الحمام في البرج وبه قال الشافعي • ولو باع الحمام الطاير فللتنا فيه وجهان فعند بعض اصحابه •
الاصح الجواز لاعتياده العود وعند اكثرهم الاصح عدم الجواز لان عوده غير موثوق به اذ ليس لها عقل باعث
على العود كذا في شرح الوجيز وفي تتمتهم لو كانت في البرج والكوى مسدودة يجوز البيع ولو كانت تطير ان كانت
مالوفة فالعقد صحيح وان لم يكن الفت الرجوع فربما تعود وربما لا تعود فالعقد باطل لانه وقع على غرر •
وعندنا كل ما هو مقدور تسليمه يجوز بيعه والا فلا • **قوله** ولا يجوز بيع الابق وهذا باجماع الفقهاء الاربعة
وعن ابن عمر يجوز بيعه وعن ابن سيرين يجوز بيعه لو عرف موضعه • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز بيعه
قيل هذا اذا علم المشتري ولو اختلفا في العلم فالقول للبائع • واما العبد المرسل في حاجته فيجوز بيعه
كذا في المحيط • زعم انه اي الابق فحينئذ يجوز بيعه وبه قال الشافعي وكان اشهد اي اشهد انه اخذه للرد على
المولى لانه يصير امانة عنده ولهذا لو هلك قبل الوصول الى المولى يهلك امانة وقبض الامانة لا ينوب عن •
قبض البيع لان الادنى لا ينوب عن الاقوى لانه اي القبض بلا اشهاد قبض غصب فينوب عن قبض الشرا اذ كل واحد
قبض ضمان • وذكر التمرتاشي وان لم يشهد فكذلك عند ابي يوسف وعندهما يصير قابضا وان كان اخذه
لنفسه يصير قابضا عقيب الشرا بالاتفاق • ولو قال المشتري هو اي الابق عند فلان فبعه مني لا يجوز لانه ابق في
حق المتعاقدين وكان ابقا مطلقا فيدخل تحت النهي ولانه اي البائع لا يقدر على تسليمه • وقال الشافعي لو قدر
المشتري على انتزاعه من يد فلان يجوز والا لا • عاد من الاباق وسلمه اي المشتري لا يتم ذلك العقد كذا عن محمد
لان شرط الجواز فات وقت العقد فلا يكون محلا للعقد وان وجد الشرط بعد البيع كما لو باع خمرا فصار خلا
قبل التسليم • او طيرا في الهوا ثم اخذه وعن ابي حنيفة وهو رواية عن محمد يتم لقيام المالية اذ الابق مال
مملوك والمانع اي من الجواز ارتفع بالعقد فصار كما لو باع المرهون ثم فكه قبل الخصومة وباعه ثم ابق وبه
اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا كذا ذكر الاسبيجابي • ولا يحتاج الى بيع جديد وقيد به اذ لو فسخ لان
القاضي اذا فسخ البيع بطلب المشتري التسليم وعجز البائع عنه فحينئذ يحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة
ولو باع الابق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له او لليتيم في حجره جاز لان ما يبقى له من اليد في الابق يصلح •
لقبض الهبة دون البيع واعتاق الابق من الكفارة جائز اذا علم حياته ومكانه كذا ذكر التمرتاشي •
قوله لبن امراة في قدح • **قيل** ذكر القدح اتفاقي فان حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح •
ولكنه اخرج الكلام مخرج العادة • والاصح ان هذا قيد مفيد لانه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح
وانما لا يجوز لكونه في الضرع كما هو الحكم في حق لبن ساير الحيوانات فانه لا يجوز في الضرع ويجوز في القدح •
وفي غيره من الانا • واليه اشار الامام ابو جعفر في كشف الغوامض وبقولنا قال مالك واحمد في رواية
وابو القاسم بن يسار من اصحاب الشافعي لانه نجس عند ابي القاسم ولا يحل شربه لغير الصغير عنده لعدم الضرورة
مشروب طاهر ولهذا يستعط به ويشرب فاشبه لبن الشاة واما ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احترازا
عن الخمر فانها مشروب غير طاهر • **ولنا** انه اي اللبن جزء الادمي وهو اي الادمي بجميع اجزائه الى اخره
فلا يكون مالا ومحلا للبيع **واما قلنا** انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية •
واما قلنا انه غير مال لان المال غير الادمي خلق لمصالح الادمي فيما يجري فيه الشح والضنة فلا يكون
محلا • وعلل شمس الايمة وقال لبن الادمي في حكم المنفعة ولهذا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع
مثله لا يجوز واليه اشار ابن سماعة عن محمد • **فان قيل** اجزاء الادمي مضمونة فكذا اللبن ينبغي ان
يكون كذلك والحال انه لا يضمن بالاتلاف • **قلنا** اجزاء الادمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما
انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل به جرح برء سقط ارشه وكذا السن اذا نبتت الا ما
يستوفى بالوطي فانه مضمون وان لم ينقص شي من الاصل تغليظا لباب البضع وهذا لانما يستوفى في

بالوطي

بالوطي ملحق بالنفس حكما في حق الضمان لانه احترام لكما الذي يخلق به نفس بخلاف من جز صوف شاة ثم نبت
اخر حيث لم يسقط عنه ضمان الاول وباتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شي فلا يضمن كذا في الاسرار
وفي تجويز بيع لبن الادمية فساد لان حرمة المصاهرة تثبت به فاذا لم يكن معلوما تمكن الفساد من
الانكحة بين الناس والله لا يحب الفساد • على جزءها اي جزء النفس لانه متولد منها فياخذ حكمها • الرق حل
نفسها يعني البيع لا يجوز الا فيما حل فيه الرق والرق لا يحل اللبن لانه اي الرق ضعف حكمي فيختص بمحل القوة
التي ضده وهو الحي لان الضدان يتعاقبان على موضوع واحد ولا حياة في اللبن لانه جماد فلا يكون محلا
للرق لانهما صفتان مختلفتان مختصتان بالاحيا • واما قوله انه مشروب فقلنا ليس بمشروب على الاطلاق
بل للضرورة حاجة الطفل فانه لا يتغذى بغيره حتى لو استغنى عنه لم يحل شربه اليه اشار قوله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن الاية • وصبه في عين رمد لا يجوز عند بعض اصحابنا وعند البعض يجوز
اذا علم جواز الرمد به لتحقق الحاجة حينئذ • **قوله** ولا بيع اي لا يجوز بيع شعر الخنزير بالاتفاق الائمة
اهانة له اي لشعر الخنزير كالخمر وهذا لان النجاسة في الشعر لهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه **فان
قيل** جعل البيع في مسئلة لبن الادمي دليل الاهانة حيث قال انه مكرم مصون عن الابتذال وجعله
دليل الاعزاز ههنا لانه جعل عدم جواز البيع اهانة له فكان بيعه اعزازا لا محالة فكيف يكون الشي الواحد
دليل الاعزاز والاهانة • **قلنا** قال العلامة مولانا حافظ الدين في جوابه الاعزاز والاهانة •
يتفاوتان بتفاوت محلهما كالاحراق فانه اهانة في حق الادمي اعزاز في حق الحطب حيث اعتبر له فجواز
البيع في الشي الخسيس دليل الاعزاز وفي الشي الشريف دليل الاهانة للضرورة قال الله تعالى وقد فصل لكم
ما حرم عليكم الا ما اضطررتم • والانتفاع بحمه جايز عند الضرورة والشعر اخف منه وعند ابي يوسف •
انه يكره ذلك لانه نجس والانتفاع بالنجس حرام الا للضرورة ولا ضرورة ههنا لان الخرز يحصل بغيره وعن •
ابن سيرين انه كان لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير قال صاحب الفوايد الا ان المسلمين توارثوا جواز الانتفاع
به للخرز وما رواه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا اعتبار للورع في هذا ويوخذ مباح الاصل اراد به
لا يملكه احد بوجه حتى لا تملك بالاصطياد ولا يضمن متلفه فيكون مباحا في الاصل ولهذا يوجد مباحا
غالبا فلا ضرورة الى البيع • **وقيل** اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه ولكن لا يطيب الثمن للبائع
ويكره بيعه للبائع كذا في جامع ابي الليث • ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر
من قدر الدرهم وذنا عند البعض ونسطا عند البعض لا يجوز عند ابي يوسف وقال محمد يجوز وفي
الحرج هذا كله في المنتوف فاما المجزوز فطاهر كذا في جامع التمرتاشي وقاضيخان فلا يظهر الا
في حالة الاستعمال لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها • والصحيح قول ابي يوسف لانه لو كان •
طاهرا مطلقا مباح الانتفاع يجوز بيعه قياسا على عامة ما هذا شانه • **قوله** ولا يجوز بيع شعور
الانسان ولا خلاف للفقهاء فيه وكذا لا يجوز الانتفاع به الا رواية عن محمد انه يجوز الانتفاع به
استدلالا بما روي انه عليه السلام حلق شعره وقسمه بين اصحابه تبركا به ولو كان نجسا لما فعل لانه لم يتبرك
بالنجس الا ترى ان ابا طيبة حين شرب دمه تبركا نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل كذا في جامع شمس
الايمة • وفي جامع فخر الاسلام وقاضيخان انه طاهر وانما حرم الانتفاع به لشرفه لا لخسته •
مبتذل بكسر الذال اي مستعمل للشي مهينا له ولهذا لا ينتفع بشي مما ينفصل عنه بل يدفن الا ترى ان غايط
الادمي يدفن ولا ينتفع به كما هو فكذلك شعره وقيد بقوله كما هو احترازا عن الغايط المختلط بالتراب •
فانه يجوز الانتفاع به تبعا للتراب • الواصلة التي تصل الشعر بغيرها • والمستوصلة التي تطلب الوصل •
بان تامر غيرها بوصل ذلك الى نفسها شعرها والاولى تسمى مشاطة واستحقا اللعن بالوصل دليل على حرمة

استعماله فيما يوخذ من الوبر وهي القرامل لانه زينة والزينة مباح بقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي
اخرج لعباده ثم من حيث انه زينة ينبغي ان يجوز بشعور الادمي ايضا الا انه ترك بمعارض وهو لزوم اهانة
المكرم • وحديث قسمة شعره عليه السلام دليل على شرفه فلا يجوز اهانته في الاستعمال • **قوله**
قبل ان يدبغ قيد به لان بعد الدبغ يجوز ولا خلاف للفقهاء في انه لا يجوز قبل الدبغ • **فان قيل** نجاستها
لما اتصل بها من الدسومات النجسة فينبغي ان لا يمنع بيعها عندنا كالثوب النجس والدهن النجس • **قلنا** الدسومات
في الجلد باعتبار اصل الخلقة فما لم يزل فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرمة العين • فاما
النجاسة في الثوب والدهن ليس كذلك بل جاورتهما بعد ان لم تكن فلا يتغير حكم اصل الثوب والدهن من
حيث الانتفاع وجواز البيع كذا في جامع شمس الائمة • وفي بعض الفوائد الجلد شبه بالعظم لصلابته فيكون
طاهرا وشبه باللحم لرخاوته ورطوبته فيكون نجسا فعملنا بالشبهين فلو كان مدبوغا يحل الانتفاع لشبه
العظم لصلابته ولو كان غير مدبوغ لا يحل عملا لشبه اللحم ولا يمكن العكس يعرف بالتامل لانها اي الجلود
لانها اي المجموع طاهرة من قبل في كتاب الصلوة وقد ذكرنا فيه اختلاف العلما • **قوله** نجس العين عند
محمد فلا يجوز بيعه ولهذا لا تقع الزكوة عليه وذكر في الذخيرة عدم جواز بيعه مطلقا من غير ذكر
خلاف وكذا الانتفاع به لا يجوز لانه نوع من الخنزير وينتفع به اي بعظمه روي انه عليه السلام اشترى
لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس من غير نكير كذا في جامع المحبوبي • وفي الايضاح يجوز
بيع الفيل باجماع العلما لانه ينتفع بالحمل عليه وبعظمه فصار كغيره من الحيوان ويجوز المقاتلة به لعدم
ورود النهي • وفي شرح مختصر الكرخي بيع القرد يجوز عند ابي حنيفة في رواية الحسن عنه • وفي المحيط
هو المختار • وفي رواية ابن مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة باطل • وقال ابو يوسف في الجوامع اكره
بيعه • اما بيع السبع الحي لا يجوز وكذا بيع لحمه وبيع لحمه اذا كان مذكى يجوز في رواية وفي المحيط هو
الصحيح ولا يجوز في رواية • **قوله** صاحب العلو علوه اي حق التعلي لم يجز لان بيع لم يصادف محله فيلغوا
وهذا لان محل البيع المال وما يتعلق بعين المال والثابت له بعد الانهدام حق التعلي وحق التعلي يتعلق
بالهوا والهوا ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه لوقت الحاجة والهوا ليس بهذه الصفة كذا
في جامع قاضي خان • وانما يجوز بيعه قبل الانهدام باعتبار البنا القائم • ولو بيع لانه اي الشرب حظ
من الما والما عين فكان بيع الشرب بيع العين او بيع شي يتعلق بالعين فيجوز • **فان قيل** لو كان بيع الشرب
بمنزلة بيع العين وهو الما ينبغي ان لا يجوز البيع اذا كان الما معدوما في الارض • **قلنا** انما يجوز لكونه
وبعرضية وجوده كما في السلم والاستيصناع كذا في الفوائد الظهيرية • ولهذا يضمن بالاتلاف بان سقى
رجل ارضه بشرب غيره يضمن وهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن • **وقيل**
يضمن فيما اذا جمع الما ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع • **وقيل** في المسئلة روايتان ونقل عن الامام جلال
الدين ابن المصنف قال والاتلاف سوى هذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها اما ان يضمن بالسقي ومنع حق الشرب
ولا وجه الى الاول لان الما مشترك بين الناس بالحديث ولا وجه الى الثاني لان منع حق الغير ليس بسبب للضمان
بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد • وروي انه لما دخل بسابور راى ايمته يفتون بوجوب ضمانه على ظاهر
ما ذكر فخطاهم وعلل بهذا التعليل وايضا نقله من مسايل الشرب في هذا الكتاب ونقله صحيح لانه ذكر فيها
في كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شركا في ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب
بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار الثمن كذا في الجامع للقاضي خان والفتاوى • **وقيل** لو باع ارضا
بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن بحصة الشرب واما لم يجز بيعه منفردا في رواية وهو اختيار مشايخ
بخارا للجهالة • ولو سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم كذا في الكافي

قوله فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق يجوز وبيع رقبة المسيل بين المسلتين وهو ان بيع رقبة الطريق
يجوز وبيع رقبة المسيل لا يجوز لانه اي للطريق طولا وعرضا معلوما فان عرضه مقدار باب الدار وطوله الى
السكة النافذة غالبا فيجوز البيع • اما المسيل وهو النهر مجهول لانه يختلف بقلة الما وكثرته حتى لو باع
رقبة الارض بمسيل الما وبين موضعه وحدوده يجاز ولم يبين لا يجوز كذا في جامع قاضي خان وشمس الائمة
وان كان الثاني وهو حق المرور وحق تسييل الما روايتان فعلى رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي
لجهالته • وعلى رواية كتاب القسمة يجوز وبه اخذ عامة المشايخ • والفرق على هذه الرواية بينه وبين
حق التسييل فان بيع حق التسييل لا يجوز باتفاق الروايات ان حق المرور معلوم لانه متعلق بمحل معلوم وهو
الطريق • اما المسيل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وقد مر فساده • وان كان على الارض
فهو مجهول لجهالة محله كما مر • والفرق بين حق التعلي فانه لا يجوز باتفاق الروايات وحق المرور على رواية
جواز بيعه ما ذكر في المتن كذا ذكره شمس الائمة وقاضي خان وانما ذكر الفرق لانه على تعليل حق التعلي بانه ليس
بمال فيشكل حق المرور فاحتاج الى الفرق • **قوله** فاذا هو اي الجارية ذكرها بتذكير الخبر وعكسه بان
اشترى عبدا فاذا هو جارية لم يجز البيع استحسانا خلافا لزفر هو يقول هذا بمنزلة خلاف الوصف
اذ الذكورة والانوثة وصفان فلا يتبدل بهما معنى الذات في الحيوانات فصار كانه اشترى عبدا على
انه خباز فاذا هو لم يكن فيصح البيع ويثبت له الخيار وهو قياس مذهب الشافعي لفوات الوصف
المرغوب فيه • وعن ابي حنيفة انه اثبت الخيار في مثل هذا الفوات الاصل الوصف المرغوب فيه ثم في
قوله لا بيع بينهما اختلف المشايخ انه باطل ام فاسد فقال صاحب الايضاح باطل لتعلق العقد بالمسمى
وهو معدوم فيبطل العقد لعدم محله اذ بيع المعدوم باطل واليه اشير في المتن تعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه • وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى
غيره فصار كانه باع شيا على ان يسلم غيره وذلك فاسد كذا في جامع قاضي خان ذكرناه اي ذلك
الاصل لمحمد يعني الاصل المتفق في وجه قول محمد في مسئلة التزوج على دن من الخل لان ذلك الاصل عند
محمد ولهذا لم يقع الاختلاف بينهم في هذه المسئلة • **قوله** في مختلفي الجنس الى اخره انما اعتبرت التسمية
في مختلفي الجنس لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات معينا والتسمية لاعلام
الماهية وانه امر زايد على اصل الذات فصار ابلغ في التعريف ونحن نحتاج في مقام التعريف اليه فلذلك
علقنا الحكم بالمسمى لا بالمشار اليه فتعينت الاشارة لتمييز الذات فلذلك الحكم بالمشار اليه كذا في الايضاح
والفوايد الظهيرية • وقال فخر الاسلام الجمع بينهما في متفقي الجنس ممكن بان تجعل الاشارة للتعريف والتسمية
للترغيب كما لو اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو لم يكن كان البيع صحيحا لان ذكر الوصف للترغيب اما لو كان
بخلاف جنس المسمى يلزم المسمى اذ هو المقصود والبنا عليه واجب للتفاوت في الاغراض فان المبتغى من العبد الاستخدام
خارج الدار ومن الاما الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد والغلام لا يصلح
للاستيلاد والافتراش وكان التفاوت بينهما فاحشا • وفي الحيوان جنس واحد لتقارب فيهما اي في الاغراض
فان المقصود الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل لا تفاوت بينهما في هذا وهو اي التفاوت في الاغراض
المعتبر في هذا اي في كونهما جنسان متحدان او مختلفان دون الاصل اي اصل المادة والماهية حتى قالوا الدبس
والخل جنسان مع اتحاد اصلهما • والوذاري بفتح الواو وكسرها ثوب منسوب الى وذار قرية
بسمرقند اصله بالذال المعجمة وبالذال المعجمة فارسي والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى وقال
الحكما الذكر والانثى من بني ادم جنس واحد لاتحادهما في الحقيقة والجنس مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة
عندهم واهل الحق جعلوهما جنسين لتفاوت المقاصد والحق معهم لان اختلاف الحقايق يعرف باختلاف الخواص

لا باصل المادة ينبغي ان لا يكون الفرس والانسان جنسين عندهم لاتحاد مادتهما وهي النطفة. **قوله** لا يجوز البيع الثاني وبه قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل ان ينقد الثمن لان بعد نقد الثمن يجوز بالاجماع او بالعرض يعني لو باعها منه بالعرض لدنانير وقيمة الدنانير اقل من الالف لا يجوز عندنا استحسانا ويجوز قياسا وهو قول زفر لان امتناع جواز شرا ما باع باقل مما باع لمكان الربوا ولا يجري الربوا بين الذهب والفضة فكان كالبيع بالعرض وجه الاستحسان انهما واحد من حيث كونهما ثمنا للاشيا ومن حيث يضم احدهما الى الآخر في الزكوة وهذا يقتضي تحقق الربوا فيحرم احتياطا او نقول جهة كونهما جنسا واحدا يوجب عدمه. وعند اجتماع موجب الحل والحرمة تغلب موجب الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الحديث كذا في المبسوط. **فان قيل** فعلى هذا ينبغي ان يحرم التفاضل بينهما احتياطا لجهة كونهما جنسا واحدا كما ذكرنا. **قلنا** يلزم منه الغا كونهما جنسين حقيقة بالكلية ويلزم ان يكون القياس راجحا على الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان الحديث وفيه نوع تامل. وفي بعض الحواشي مال كثير من مشايخنا كالكرخي والزعفراني والصفار الى قول الشافعي في هذه المسئلة والقياس ما قاله ولكن ما وجدته في كتب عندي. **قوله** لتلك المراة في المبسوط. روي ان امراة دخلت على عايشة وقالت بعت زيد بن ارقم جارية بثمانماية درهم الى العطا ثم اشتريتها منه قبل محل الاجل بستماية درهم فقالت عايشة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيدا ان الله تعالى قد ابطل حجه وجهاده مع رسول الله ان لم يتب فاتاها زيد معتذرا فتلت عايشة قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وهذا دليل على فساد هذا العقد كان مشهورا بينهم وانما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك لان اجزية الجرايم لا تعرف بالراي وقد جعلت الجزا على مباشرة هذا العقد ابطال الحج والجهاد فعرف انه كالمسموع من النبي عليه السلام ولان اعتذار زيد دليل على السماع لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى الآخر ولا يجوز ان يقال الحقت الوعيد به للاجل الى العطا لانا نقول ان مذهب عايشة جواز البيع الى العطا. ولانها كرهت العقد الثاني بقولها بئسما اشتريت وليس فيه هذا المعنى فعرفنا انها كرهت لذلك وانما كرهت الاول لانهما تطرقا به الى العقد الثاني. والمعنى فيه انه استربح عما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا فيما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر فالربح هناك حصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وكذلك اذا اشتراه البايع الاول من المشتري الثاني لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان ما عرف وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة النقصان بمقابلة الجز الذي احتبس عند المشتري سوا كان ذلك النقصان بقدر ذلك او دونه حتى اذا كان النقصان. نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جز من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن فان ذلك جايز لا يظهر عند اختلاف الجنس والفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلاف ما لو اشتراه بجنس الثمن الاول فالفضل هناك من غير تقويم. **فان قيل** يحتمل ان عايشة ذمت البيع الثاني باعتبار انه بيع المبيع قبل القبض اذ القبض لم يذكر في الحديث. **قلنا** هذا لا يصح لانها ذمته لاجل الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربوا. **فان قيل** قد جاء الوعيد في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك البيع جايز. **قلنا** الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو تفرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة في الجملة غير منفصلا في حق جواز البيع وكره البيع كالبيع وقت النداء واما هاهنا لما كان الوعيد لشبهة الربوا فالربا مخصوص بالبيع كما هو الا متصلا بالبيع

فاوجب الفساد لحقيقة الربوا لان الشبهة ملحقة بالحقيقة كذا في الفوايد الظهيرية وغيرها وفي المبسوط وكذا لو اشترى مملوكه من عبده او مكاتبه باقل لا يجوز لان تصرفه يقع للمالك فان كسب العبد لمالكه وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفهما كتصرفه. ولو اشترى ولده او والده او زوجته عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لتباين الاملاك بينهما كما لو اشتراه اخوه ان كل واحد بمنزلة الآخر فيما يرجع الى الملك ولهذا لا تقبل شهادة احدهما لصاحبه كشهادته لنفسه فكان شرا ابن البايع او ابيه كشرايه بنفسه ولو اشترى وكيل البايع باقل من الثمن الاول جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه ولهذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشرا خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فصار كما لو اشتراه لنفسه ثم مات فورثه البايع. وعندهما يجعل عقد الوكيل كعقد نفسه ولهذا لا يجوز عندهما للمسلم ان يوكل ذميا بشرا خمر وبيعها فكان الموكل عاقدا بنفسه فلا يجوز. ولو اشترى وارث البايع باقل مما باع مورثه يجوز في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يجوز. ولو باعه المشتري من رجل او وهبه له او اوصى به له ثم اشتراه البايع من ذلك الرجل يجوز لما ذكرنا من اختلاف الاسباب الكل من المبسوط. **قوله** لانه لا بد ان يجعل الى اخره. **فان قيل** علة الفساد لو كانت اصابة الثمن لها في حصتها اقل من خمسماية عند تقسيم الثمن عليهما كان ينبغي ان لا يفسد البيع في التي اشتراها المشتري بخمسماية ولو باعها واخرى معها بالف وخمسماية لان عند تقسيم الثمن يصيب كل واحد اكثر من خمسماية فلا يكون فيه شرا ما باع باقل مما باع ومع ذلك كان البيع فاسدا كذا في جامع فخر الاسلام وشمس الايمة. **قلنا** انما فسد فيها لان رجحان جواز العقد فيها يكثر لانا لو جعلنا بازا ما باع الفا جاز وان جعلنا بازايه الفا وحبة جاز ثم هكذا وهكذا. واذا تعدد جهة الجواز وليس البعض في الحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكراه وامثالها حيث يجري الجواز فيها لتعين جهة الجواز على ما يجي في الصرف ان شا الله تعالى لانه اي الفساد فيها اي في المشتراه قلما ضعف الفساد لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع قنا ومدبرا حيث يصح في القن ولم يتعد فساد البيع في المدبر الى القن لان بيع المدبر مجتهد فيه لكونه اي لكون فساد شرا ما باع باقل مما باع مجتهدا فيه بخلاف الجمع بين العبد والحر في عقد واحد حيث يشيع الفساد في القن لان الفساد في الحر قوي مجمع عليه وهذه المسئلة منقوضة بمسئلة ذكرها في المبسوط وهي ان الرجل اذا اسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عند ابي حنيفة وعندهما يصح كما لو اسلم حنطة في شعير وزيت ففي الكل باطل عنده وعندهما يجوز في حصة الزيت ثم ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام مروي في هروي يجوز عند الشافعي وكذا اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى الفساد الى المقرون به وهي اسلام القوهي في المروي مع كونه مجتهدا فيه واستضعف شمس الايمة في المبسوط هذا التعليل وقال بعد اسلام القوهي في القوهية. وبهذا تبين ان الطريق ما قلنا في قول ابي حنيفة في مسئلة اسلام الحنطة في الشعير والزيت ان العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزيت لان من جمع بين شيين في عقد واحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما في عرف التجار ولهذا قبل العقد في احدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف القن والمدبر فان العقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز. ثم العجب من الشيخ شمس الايمة استضعف هذه النكتة في المبسوط في قول ابي حنيفة وعلل هو بذلك التعليل ايضا في الجامع الصغير في هذه المسئلة ولكنا لا نتوهم التناقض في حقه فان للمجتهدين اختيارات فيختارون في كل موضع ما يليق له كذا في النهاية. وفي الكافي الفساد في مسئلة اسلام البر في شعير وزيت ليس بطريق تعدي الفساد كما زعم البعض بل باعتبار ان اعلام راس المال شرط عنده والمسلم فيه

مختلف فكان فساد السلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال أو لأنه أي الفساد
في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة لكنا اعتبرنا شبهة الشبهة
والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة وبيان ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان وبوادر في المسألة الأولى إنما لم يصح
شراء ما باع بالأقل لشبهة الربوا وذلك لأن الألف كان وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط
لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع
بالعقد الثاني مشتريا ألفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا احتياطا أو
لأنه أي الفساد طارئ فلا يتعدى إلى الأخرى لعدم وقوعه في العقد وبيان ذلك ما ذكر في الفوائد الظهيرية
وهو أنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة
صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع فحينئذ
يفسد البيع فيما باع وهذا فساد طارئ لأن الانقسام بعد وجوب الثمن لا يتعدى إلى الأخرى أو المقاصة
أي لطرو الفساد في المشتراة وجهان أحدهما انقسام الثمن كما ذكرناه والثاني المقاصة وبيان
ذلك ما ذكره أبو المعين في الجامع الصغير أن المقاصة تقع بين الثمن الأول والثاني فيبقى من الأول فضل
من غير أن يقابله عوض والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقد الثاني فيفسد عند
وقوع المقاصة وإذا كان كذلك يكون الفساد طاريا فلا يظهر في حق الآخر كما إذا باع عبدين وفي
أحدهما أجل إلى الحصاد أو جمع بين عبد ومدبر وباعهما فإن البيع لا يفسد في القن ولا في الذي لا أجل فيه
وقال شمس الأئمة في مبسوطه في هذه المسألة **فإن قيل** ينبغي أن يجعل بمقابلة ما باع مثل الثمن الأول
احتيالا لتصحيح العقد **قلنا** هذا الوجه غير متعين فإنه كما أن يجعل بمقابلة أكثر من الثمن الأول ويجوز
العقد أيضا وعند المعاوضة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل وفيه نوع تأمل **فإن قيل**
ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لأن قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الآخر وهو شرط فاسد كما هو
مذهب أبي حنيفة في نظائر هذا **قلنا** قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد ألا ترى أنه لو كان ثمنه
مثل الثمن الأول أو خلاف جنس الثمن الأول كان صحيحا وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا
المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقد في العبد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع
مع رجل آخر جاز شراء الأجنبي في نصفه كما يجوز شراؤه في الكل واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح ولو ولدت
الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه بالأقل إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري
وإن لم ينقصها لم يجز لأنه يحصل له ربح لا على ضمانه **قوله** يطرح عنه بوزن الظرف جاز وقال الشافعي
ولو تعلق الثمن كل رطل بدرهم على أن وزن الظرف معه فيحسب بوزن الظرف في الزام ثمنه على هذا السعر
ولا يكون الظرف مبيعا فإن كان يعرف قدر وزن السمن ولا يعرف قدر وزن الظرف فالبيع باطل لأن شرط عليه
بدل الثمن في مقابلة ما ليس بمبيع وإن كان قدر كل واحد منهما معلوما فالظاهر أن البيع فاسد لجهالة
المبيع لاختلاطه بغيره وفي الحلية يجوز ولو باع السمن والظرف جزافا جاز ولو باعهما جميعا بعدما
شاهد ظاهر السمن فلو شاهد الظرف فارغا أو كانت ثخانته معلومة فالعقد جائز ولو كان الظرف
مما يختلف ثخانته وغلظه ويتفاوت فالعقد لا يصح كذا في تتمتهم وفي حلية المؤمن ولو شرط أن يزنه
بظرفه ثم حط وزن الظرف يجوز كما قلنا لأن الشرط الأول وهو أن تطرح خمسين رطلا فكان كل
ظرف لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين من قبل أن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب
تكميله بالزيت فيخرج عن البيع بعض الزيت ولا يدرى مقداره وإن كان وزن الظرف أكثر وجب ضم

بعض الظرف

بعض الظرف إلى الزيت ولا يدري كم يكون فلما طرح الظرف بوزنه فشرط يوجبه العقد لأن الظرف غير مبيع
فطرح وزن الظرف واجب فيكون شرطا ملائما للعقد فلا يفسد العقد به كذا في جامع البرذوي ضمينا كان أي
القابض كالغاصب أو أمينا كالمودع لأنه أي المشتري ينكر الزيادة **فإن قيل** يشكل هذا على مسئلتين
أحدهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بالعيب فاختلفا في قيمة
الميت فالقول للبائع ههنا والمسئلة تجيء في باب التحالف والثانية هي أنه جعل الاختلاف في الحقيقة
اختلافا في الثمن والاختلاف في الثمن يوجب التحالف **قلنا** أما الأولى فلا يشكل لأنا جعلنا ههنا القول
للمشتري لإنكاره الزيادة أيضا فإن المشتري يدعي زيادة سقوط الثمن بعد اتفاقهما على وجوبه لنقصان
قيمة الهالك والبائع ينكرها والقول للمنكر الزيادة فيكون طردا لا نقضا وأما الثانية فلأن التحالف
ورد على خلاف القياس فيما إذا كان الاختلاف في الثمن قصدا وهذا الاختلاف فيه تبعا لاختلافهما في الزق
والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف لأنه ليس بمعقود به فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لأن حكم التبع لا يخالف
الأصل والفقه فيه أن الاختلاف في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدعيا عقدا آخر
والاختلاف في الزق لا يوجب الاختلاف في البيع لما ذكرنا فلا يوجب التحالف لذلك **قوله** وقالا أي أبو يوسف
ومحمد لا يجوز على المسلم وبه قال الشافعي ومالك وأحمد قال الإمام التمرتاشي والمحبوبي يكره هذا التوكيل عند
أبي حنيفة أشد الكراهة ويؤمر بالتصدق بالثمن لتمكن الخبث فيه قال عليه السلام إن الذي حرم شربها
حرم بيعها وأكل ثمنها ولو وكل المسلم ذميا ببيع الخمر وتسليمها لا يجوز بالإجماع لأن أحكام عقد الهبة
يرجع إلى الموكل فصار كالرسول وكذا لو أمر مسلم كافرا بكتابة عبده لا يصح لرجوع الحقوق إليه هو أي
الوكيل بأهليته فالحاصل في هذا الباب اعتبار أهلية الوكيل للتصرف المأمور به واعتبار أهلية الموكل
لحكم ذلك التصرف وههنا كذلك فيجب أن لا يصح لأن الوكيل أصل في نفس هذا التصرف ولهذا يستغني عن الإضافة
إلى الموكل وترجع الحقوق إليه والوكيل أهل له والملك يستند إلى الموكل حكما والملك يثبت فيها إرثا ووصية
فكذا توكيلا **فإن قيل** الوراثة أمر جبري والتوكيل أمر اختياري والأمر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري
قلنا ثبوت الملك للموكل بعد تصرف الوكيل أمر جبري أيضا لثبوته بلا اختياره كما في الموت وبالاتفاق
أن المأذون له إذا كان نصرانيا له واشترى خمرا يثبت الملك للمولى فيها فكذا ههنا **فإن قيل** يثبت بين الوكيل
والموكل أحكام المبايعة من التحالف واحتباس المبيع للثمن والرد بالعيب بسبب الوكالة فينبغي أن يمنع عن التوكيل
الذي يثبت هذه الأحكام لأن المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع أيضا عما هو شبيه بالشراء بما شرع
حكمه ألا ترى أنه يمنع عن قبض الخمر حكما للشراء الموجود حال كفره **قلنا** هذه الأحكام تثبت مضافة إلى الشراء
لا إلى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكما للوكالة بخلاف القبض لأنه يثبت بفعله واختياره وأما
قولهما إن الموكل لا يليه فغيره لا يوليه فمنقوض بمسائل منها أن رجلا لو وكل غيره بشراء عبد بعينه فوكل هذا
الوكيل غيره بشرائه ذلك يجوز ويثبت الملك للوكيل ولا يملك هو أن يشتريه لنفسه ذكره في وكالة المبسوط
ومنها أن القاضي إذا أمر ذميا ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح والقاضي لا يملك التصرف بنفسه ومنها
أن الذمي إذا أوصى إلى مسلم وقد ترك خمرا وخنزيرا فإن الوصي لو وكل ذميا ببيع خمره وقيمته وإن كان هو
لا يملك بنفسه هذا كله في الفوائد الظهيرية وفي الجنازية المريض مرض الموت لو باع بما يتغابن في مثله
وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ومن وصيه يجوز بعد موته وكيلا ولا يتبع الأم عروض الولد ووصيها يبيع العروض
التي هي من ميراثها كما إذا ورثهما صورة الإرث أن يسلم النصراني وله خمور وخنازير ومات قبل تسييب الخنازير
وتخليل الخمر وله وارث مسلم يملكهما لأن الحرمة تنافي التقوم ولا تنافي المالكية كالخمر **قوله** ثم جملة المذهب
أي الجملة الكلية والأصل الثابت لفروع أصحابنا أن يقال كل شرط إلى آخره بمقتضيه العقد أي يجب بالعقد من غير

شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن أو شرط انتفاع المشتري
وما أشبه ذلك فإن الكل يثبت بمطلق العقد ولا يفيده ولا يزيد الشرط إلا تأكيدا • وكل شرط لا يقتضيه
العقد وليس فيه عرف ظاهر وفيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع به فاسد لأنه عليه السلام نهى عن بيع
وشرط ولأن الثمن مقابل بجميع المبيع والشرط زيادة لا يقابلها شيء من العوض فأشبه الربوا ولأنه ذريعة إلى
وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فيعرى العقد عن مقصوده وهو قطع التنازع وكذا لو كان فيه
نفع للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كما لو اشتراه بشرط أن لا يبيعه فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدي
أو على أن يعتقه أو يدبره وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا فكان اشتراط منفعته
كاشتراط أحد المتعاقدين • وإنما قيد بكونه ليس فيه عرف ظاهر إذ لو كان فيه عرف ظاهر كما لو اشترى
نعلا أو شراكين بشرط أن يحذوه البائع فلا يفسد به البيع لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وهو قوله
عليه السلام وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن والإجماع ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة
حرج بين والحرج مدفوع الكل من المبسوط وهذا معنى قول المصنف والعرف قاض أي راجح على القياس لأن فيه
إما نص أو إجماع كما ذكرنا ولا منفعة فيه أي في الشرط فيلغو الشرط ويصح العقد إلا رواية عن أبي يوسف
حيث قال يبطل البيع لأن في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه فصار
كما لو شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين كذا في المبسوط واحترز المصنف بقوله وهو الظاهر من المذهب •
بهذه الرواية وانعدمت المطالبة إذ المطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر وذكر ما لا منفعة •
فيه لغو فلم يؤثر في الفساد • **قوله** والشافعي وإن كان يخالفنا في العتق أي في قول فإنه ذكر في شرح الوجيز •
وغيره في بيع الرقيق بشرط العتق قولان أحدهما لا يصح كمذهبنا لإطلاق الحديث • والثاني أنه يصح وبه قال •
مالك وأحمد وأبو حنيفة في رواية الحسن عنه فعلى هذا القول للشافعي في صحة الشرط قولان أحدهما أن •
الشرط باطل والبيع جائز لظاهر قوله عليه السلام ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل • والثاني أنه
يصح البيع والشرط وهو المنصوص في الأم وغيره وهو الأصح وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين عنه لحديث
عائشة أنها اشترت بريرة وشرط مواليها أن تعتقها والولاء لهم فلم ينكر النبي عليه السلام إلا الولاء لهم ويقيسه
أي الشافعي قال شيخي العلامة صاحب النهاية رحمه الله • وقوله ويقيسه على بيع النسمة غير مستقيم •
فيما ذكر في المبسوط من تفسير الشافعي بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي لأن الشراء بشرط الإعتاق
متعارف بين الناس لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها • ثم قال وتفسير البيع بشرط العتق •
فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل • **وقيل** يمكن أن يجاب عنه بأن يقال مراد المصنف
بالقياس ههنا الدلالة لأنها عند الشافعي قياس جلي • فإن البيع بشرط العتق عنده ثبت في حق بريرة وألحق
بيع غيرها به دلالة والنسمة النفس من نسيم الريح وانتصاب نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وإنما
صح هذا لأنه لما كثر في باب العتق صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء
المتضمنة لمعنى الأفعال كذا في المغرب وتمسك الشافعي بحديث بريرة أيضا كما بيناه • وبالمعقول فقال
إن العتق في المبيع قبض حتى إذا أعتق المشتري قبل القبض يصير قابضا والقبض من أحكام العقد فكان
الإعتاق شرطا ملائما للعقد فلا يفسده • والحجة عليه أي على الشافعي ما ذكرناه وهو قوله عليه
السلام نهى عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأن
في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق والعقد لا يقتضيه فيفسده كما لو شرط
أن لا يبيعه أو شرط أن تستولد الجارية أو يدبر العبد فإن العقد فاسد بالإجماع لما فيه من منفعة
المعقود عليه والعقد لا يقتضيه فكذا هذا • وأما تأويل حديث عائشة أنها اشترت بريرة مطلقا

ووعدت لها أن تعتقها لما جاءتها تستعينها في المكاتبة ليرضى بذلك فإن بيع المكاتبة لا يجوز بغير
رضاها ولأنه لم يكن في حديث بريرة شرط العتق فلم يكن لحجة وإنما دعواه أن هذا الشرط ملائم العقد •
لا معنى له فإن البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة • وبيع العبد نسمة لا يكون
بشرط العتق لأن هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون تقدما هو المقصود بالعقد بل يكون ذلك وعدا
من المشتري فيكون البيع مطلقا كذا في المبسوط • تلف بوجه آخر بأن مات أو قتله أو باعه وفي المبسوط •
قولهما قياس وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون بالقيمة عند تعذر
رده ولهذا لو اشترى بشرط التدبير والاستيلاد كانت مضمونة بالقيمة إذا تعذر ردها بأن وفى بذلك الشرط
وكذلك إذا اشترى بشرط العتق اعتبارا بالحقيقة للحرية بجهة الحرية وأبو حنيفة استحسن وقال إن هذا الشرط
لا يلائم العقد بنفسه ولكن يلائمه بحكمه لأن العتق منهي للملك لأن الملك في بني آدم ثابت إلى العتق كالموت منهي
الملك لأنها التي تقرره • ولهذا لو اشترى عبدا فأعتقه ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان بخلاف ما إذا
باعه فكان هذا الشرط بحكمه ملائما للعقد وبصورته غير ملائم لأن الإنسان لا يجبر على العتق بسبب الملك
وبالشرط يجبر عليه فلا نحكم بفساد العقد به على الثبات ولكنه موقوف فإن استهلكه بوجه آخر تقرر •
الفساد لوجود صورة الشرط • وإن أعتقه يتقرر صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العتق وهذا لأنه إنما الملك
ولكن الملائمة إنما يتحقق إذا وقع الأمن من الزوال عن ملك المشتري إلى ملك غيره كما في الإعتاق والموت وبهذه
التصرفات لا يثبت الأمن من جواز أن يبيع المدبر وأم الولد وينفذ بيعهما بالقضاء والمكاتب يجبر في الإجارة ويجوز
أن يموت العبد قبل موت المولى فلا يتحقق الانتهاء فلا يكون هذه التصرفات ملائمة للعقد من حيث المعنى •
فإن قيل لما انقلب العقد إلى الجواز عند الوفاء بشرط العتق ينبغي أن يقع هذا الشرط جائزا في ابتداء
العقد أيضا لما أن تحقق الشرط الفاسد يوجب تحقق الفساد وتحقق الشرط الجائز يوجب تحقق الجواز •
قلنا هذا الشرط ملائم للعقد من وجه دون وجه كما ذكرنا فقلنا بفساد العقد من الابتداء •
وبالجواز في الانتهاء عملا بالشبهين وبالعكس لا يكون عملا بهما لأنا نجد فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم ولا
نجد جائزا انقلب فاسدا فكان الوجه الأول أولى كذا في التحفة • ولهذا أي ولكون العتق منهيا للملك لا مزيلا له
كان الملك باقيا وتعذر الرد فيرجع بالنقصان فلو كان مزيلا لما رجع به فكان الحال أي حال هذا العقد قبل •
ذلك أي قبل الوفاء بالشرط موقوفا أي لا نحكم بفساده على الثبات لكنه موقوف كما ذكرنا من المبسوط • ولو
اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط أن لا يطأها فسد البيع عند أبي حنيفة فيهما لأن العقد لا يقتضيهما
لأن قضيته إطلاق الانتفاع لا الحجر والإلزام وفي الأول إلزام • وفي الثاني حجر وعند أبي يوسف يصح في الأول •
لأن العقد يقتضيه • وفي الثاني يفسد وبه قال الشافعي • وعند محمد صح العقد فيهما لأن الثاني لم يقتضه العقد
فلا يرجع نفعه إلى أحد فكان هذا شرطا لا طالب له ولا معتبر كذا في الكافي • فيه منفعة لأحد المتعاقدين •
ولم يكن فيه عرف ظاهر ولم يرد الشرع به فيفسد العقد • **قوله** أو لم يهد به بهدية وفي الكافي أي ثوبا بشرط
أن البائع يخيطه قميصا أو قباء • **قوله** نهى عن بيع وسلف فلا يجوز وبه قال الشافعي • وعن مالك أنه إذا شرط
من منافع المبيع يسيرا كسكنى الدار يوما صح • وقال أحمد إن شرط سكنى الدار يوما أو يومين لم يفسد لعدم الإفضاء
إلى المنازعة ظاهرا • وقال ابن أبي ليلى والنخعي والحسن البصري البيع جائز والشرط فاسد وقال حدثني هشام
بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها لما أرادت أن تشتري بريرة فأبى مواليها إلا أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اشتري واشترطي فإن الولاء لمن أعتق ثم خطب النبي عليه السلام فقال
ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط
الله أوثق والولاء لمن أعتق ثم قال ابن شبرمة البيع صحيح والشرط صحيح وإليه ذهب الأوزاعي وأحمد في بيع الدار

بشرط سكناها وبيع دابة بشرط ظهرها لما روي عن جابر بن عبد الله انه عليه السلام اشترى منه ناقة في بعض
الغزوات وشرط جابر ان يكون ظهرها له الى المدينة عن عبد الوارث بن سعيد قال حججت بمكة ثلاثة من فقهاء
الكوفة فسالت ابا حنيفة عن بيع وشرط فقال البيع جائز والشرط ، وسالت ابن شبرمة فقال البيع جائز والشرط
وسالت ابن ابي ليلى فقال البيع جائز والشرط باطل فسالت كل واحد من حجته فتمسك بما ذكرنا وما استدل به
ابو حنيفة حديث مشهور ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه ولان ما رواه محرم والمحرم راجح ، واما
حديث هشام فقال قال ابو يوسف اوهم هشام ما قال الرسول اشترطي لهم الولاء لان هذا امر بالمعروف
ولا يظن بالنبي عليه السلام ذلك وجزم بتفرده به هشام ولم يتابعه سائر الرواة فيحمل على وهم وقع
له ولو صح فتاويل اشترطي الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال تعالى اولئك لهم اللعنة بمعنى عليهم او معناه
اعلمهم امر الولاء والاشتراط في اللغة الاعلام ، ومنه اشتراط الساعة ، وتاويل حديث جابر ان ذلك
لم يكن شرطا في البيع بل يكون ذلك من الوعد وحسن العشرة والصحبة في الحديث فان جابرا اي له كانت لي
ناقة بعاد فنزل النبي عليه السلام عن ناقته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال اركبها فركبتها فجعلت
تسبق كل ناقة الحديث الى ان قال تبيعني ناقتك باربعمائة درهم فقلت هي لك يا رسول الله ولكن من لي
بالحمل الى المدينة فقال لك ظهرها الى المدينة فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد ودخلته
فقال عليه السلام اين الناقة فقلت بالباب فقال عليه السلام جئت تطلب الثمن فسكت فامر بلالا فاعطانيه
فقال عليه السلام خذه مع الناقة بارك الله لك فيهما ، فهذا تبين انه لم يكن بينهما بيع بشرط كذا في المبسوط
قوله لا يصح التاجيل في المبيع العين وبه قال الشافعي وكذا في الثمن المعين عنده لا يصح تاجيله لعدم
الفائدة وقيد المبيع به احترازا عن المسلم فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص ، شرع اي الاجل ترفيها
اي تيسيرا فيلتحق بالديون وذلك ان الدين غير حاصل فكان الاجل فيه اتساع المدة التي يمكن المشتري
من تحصيله فيها بالكسب اما العين فحاصل فلا حاجة فيها الى ذكر الاجل للترفيه ولانه لا منفعة في
اشتراط الاجل في العين لان بايعه لا ينبسط بالتصرف فيه بعد ان صار مملوكا للغير بالعقد والشرط
ضرر على المشتري من حيث قصور يده عنه فلا يجوز لعدم المنفعة للبايع ووجود الضرر للمشتري ما لا يصح
افراده بالعقد كعضو الحيوان وحمله لا يصح استثناؤه وبه قال الامام الشافعي في الاصح ، وقال في
وجه يصح بيع الام كما باع الشجر واستثنى الثمر قبل بدو صلاحها ، وفي الايضاح وما جاز انفراده بالعقد
جاز انفراده بالجزء الشايع لان الاستثناء اخراج بعض الكلام من الحكم فجاز في كل ما يمكن اثبات الحكم فيه
مقصودا او الاستثناء انما يعمل فيما عمل فيه الصدر وقد بيناه في استثناء ارطال معلومة والحمل من هذا
القبيل فان الجنين ما دام متصلا فهو في حكم جزء منها كاليد والرجل الا ترى انه يقطع عنها بالمقراض ،
واجزاء الحيوان لا يقبل العقد مقصودا فلا يكون مقصودا بالاستثناء ، وهذا لان الجنين في البطن مجهول
لا يدري اذكر ام انثى واحد ام مثنى ، وكذا لو وقع البيع على بز او اغنام او نخيل واشترط ان يرد المشتري احدا
بغير عينها فالبيع فاسد لان المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى مجهولا ايضا فهذه جهالة تفضي الى المنازعة
لانها متفاوتة في المالية فيفسد البيع كذا في المبسوط بنا ولهما اي الاصل والطرف ، وفي بعض النسخ
يتناوله اي الحمل على خلاف الموجب اي موجب العقد لان العقد يوجب ان يكون مقصودا فلم يصح اي الاستثناء
فيصير اي الاستثناء شرطا فاسدا وفيه نفع للبايع والبيع يبطل بالشرط فلم يصح الفاسد بمنزلة البيع ،
من حيث انها معاوضة فان المفسد في الكتابة شرط تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد ،
فلو كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد ،
وبدا الفساد في الصلب حتى لو ثبت الفساد في علقة من علايقه لا يفسد بانه كاتبه بالف الى الحصاد ،

او الدياس او القطاف او كاتبه على ان يستخدمه او كاتبه على ان لا يخرج من الكوفة لان هذا الشرط بخلاف مقتضى
العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لانه لم يتمكن في صلب العقد وانما
قلنا ان الكتابة انما تفسد اذا وجد المفسد في الصلب ولا تفسد اذا كان عارضا لان الكتابة تشبه البيع
اي انها من حيث انه مال في حق المولى فيكون معاوضة وتشبه الاعتاق والنكاح من حيث انه ليس بمال
في حق نفسه والبيع يبطل بالشرط مطلقا سواء كان في صلبه او غيره فعملنا بالشبهين ، فاذا وجد المفسد
في صلبه يفسد لشبهها بالبيع ، واذا وجد في غيره لا تفسد لشبهها بالاعتاق والنكاح ولا يمكن العمل بالعكس
يعرف بالتامل اليه اشير في المبسوط والكافي لا يبطل باستثناء الحمل يعني لو قال وهبتها الا حملها
او تصدقت بها عليك الا حملها لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد به باعتبار افضائه الى الربوا ،
واذا يتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات والهبة ، وان كانت من قبيل التمليكات
الا انا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها وهو انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر
ما اذا اشترط عوده بخلاف استثنى خدمتها يعني اوصى بجارية الا خدمتها حيث يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري
فيه اي في الخدمة على تاويل المذكور ، وصورته ما اذا اوصى بخدمة العبد ثم مات الموصى له ولم يكن لورثته
الموصى له الاستخدام وهذا لان الوراثة خلافة والخلافة فيما كان ملكا للمورث وهذا لا يتصور الا فيما يبقى
وقتين ، فاما الوصية ايجاب الملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة كذا في المبسوط **فان قيل**
يشكل هذا على النكتة الاولى وهو ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة يصح العقد فيها
بان اوصى بالخدمة فينبغي ان يصح استثناؤها ، **قلنا** الاصل مطرد الا انه لا يجوز استثناء الخدمة
باعتبار ان الاستثناء تصرف في اللفظ ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح الاستثناء ولانه لا
نسلم ان الوصية عقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا
يتناول لفظ العقد الوصية مطلقا فلا يكون عقدا فلا يرد نقضا ، ولانا لو قلنا بصحة الاستثناء يلزمه
ان ترد الخدمة الى ورثة الموصي والارث فيها لا يجري في الاعتاق دون المنافع فلم يصح الاستثناء ، **قوله**
ومن اشترى ثوبا الى اخره لا خلاف للايمة الاربعة فيه ، وقوله على ما مر اشارة الى قوله لو كان
للخدمة والسكنى لا يقابلهما شيء الى اخره **قوله** ومن اشترى نعلا اراد بالنعل الصرم تسمية الشيء باسم
ما يؤول اليه يحذوها اي يجعلها مساويا للاخرى او يشركه والتشريك مثله ، ما ذكره اي القدوري جواب
القياس وهو قول زفر وبه قال الشافعي في الاصح ووجهه اي وجه القياس ما بيناه وهو انه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين للتعليل يعني فيه عادة وفي النزوع عن العادة حرج بين والتعامل
راجح على القياس لانه اجماع عملي ، صار كصبغ الثوب يعني لو اشترى صبغا ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز ،
لانه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ ، والاجارة بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغه يلزم بيع العين
لا المنفعة المجردة وكذا ترك القياس في استيجار الحمام والظئر لان فيهما استهلاك الماء واللبن وفي الفوايد
المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة في استيجار الصباغ والظئر واللبن اله فعلهما كما يجيء في الاجارات ،
وكذا في الاستصناع ترك القياس وهو انه بيع المعدوم لا يجوز ، ومن انواع التعامل ما ذكر في شرح
الطحاوي لو اشترى صرما على ان يخرز البايع خفا او قلنسوة بشرط ان يبطن له البايع من عنده جاز البيع
بهذا الشرط للتعامل ، وفي المبسوط اشترى شاة بشرط انها حامل فالعقد فاسد وبه قال الشافعي في
قول ، وقال في الاصح يصح وهو رواية الحسن وقال بعض اصحابه القولان في غير الادمي ، اما في الجواري
يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا ان يظهر ان
المشتري يريدها للظئورة فحينئذ تفسد ، وعن الهندواني لو شرط الحبل من البايع لا يفسد لان البايع يذكره

على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما
او زيتونا او حنطة على ان فيهما كذا دهنا او يطحن منها كذا مختوم دقيق يفسد البيع وبه قال الشافعي ولو اشترى
شاة وشرط انها حلوب او لبون لم يذكره محمد وقال الكرخي يفسد وقال الطحاوي لا يفسد وبه قال الشافعي
لانه شرط مرغوب وقد مر قبيل باب خيار الرؤية • وفي المحيط الشروط على وجوه ما يقتضيه العقد وبه لا
يفسد • والثاني ما لا يقتضيه العقد وبه لا يفسد لكن يلائمه ويؤكد موجب العقد كشرط ان يرهن بالثمن
او يكفل فلان به وهو حاضر فقبله او حضر قبل افتراقهما وقبله وشرط الحوالة كالكفالة فلا يفسد ايضا
وبه قال الشافعي • والثالث ما لا يلائم العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل او متعارف كثيرا • النعل
بشرط الحذو والتشريك فلا يفسد ايضا • والرابع ما لا يقتضيه ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه ولم
يكن فيه عرف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كالبيع بشرط ان يهبه او يقرضه كذا او يهب او يقرض البائع للمشتري
او فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كالآدمي كالبيع بشرط العتق والتدبير والكتابة
فيفسد البيع به • والخامس ما يكون فيه منفعة لكنه ليس من اهل الاستحقاق كبيع الحيوان بشرط ان لا يبيعه
او لا يهبه او لا يعلفه كذا او يسيبها في المرعى فلا يفسد به البيع • والسادس ان يكون المنفعة في الشرط
لغير العاقدين كالبيع بشرط ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف للمشايخ • قال محمد كل شيء يشترط على
البائع يفسد به البيع فلو شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به البيع فاذا شرط على اجنبي
فهو جائز وهو بالخيار كالبيع بالمائة على ان يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع وخير المشتري ان شاء اخذ بمائة
وان شاء ترك • وعن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البائع للمشتري ولفلان الاجنبي دينارا من الثمن
فالبيع فاسد • وفي المنتقى لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز • والسابع ما لا يكون منفعة
لاحدهما ولا للمعقود عليه ولكن فيه مضرة لاحدهما كبيع الثوب بشرط ان لا يبيعه ولا يهبه جاز عندهما
خلافا لابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة • والثامن ما لا منفعة فيه ولا مضرة كبيع الطعام بشرط
الاكل او الثوب بشرط اللبس فالبيع جائز • وعن ابي يوسف جارية بشرط ان لا يستخدمها او طعاما بشرط
ان لا ياكله فسد البيع وبشرط ان يعطي الثمن من ماله فلان مختلف ولو باع صبرة الا صاعا منها يبطل البيع
خلافا لابي يوسف وفي السف يفسد ولو باعها بمائة على ان عشرها لي فللمشتري تسعة اعشارها
بتسعة اعشار الثمن ولو قال الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن • وعن محمد بجميع الثمن فيهما ولو باع
دارا على ان له طريقا من هذا الموضع الى باب الدار ووصف له طوله وعرضه لا يصح • ولو قال الا طريقا
والمسألة بحالها ووصف طوله وعرضه لا يصح لانه باع ما عدا الطريق بجميع الثمن • ولو قال الا طريقا الى دار
الداخلة جاز • باع رقبة الطريق على ان له حق المرور والسفل على ان له حق قرار العلو جاز ولو باع عبدا
على انه شريك المشتري في نصفه هذا فسد • ولو قال في نصفها جاز كما لو باع هذا الثوب • وقال انا
شريكك في نصفه • ولو قال هذا الغلام بالف الا نصفه بستمائة فقد باع نصفه باربعمائة ولو باعه
بالف ومائة دينار الا دينارا او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الا واحدة لم يجز ولو كانت بعينها جاز
وعن ابي يوسف لو قال بعتك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او ولي بعدها فسد • ولو قال الا هذه
كان ما بقي بمائة • ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين • وعن محمد بعتكه بالف الا نصفه بخمسمائة جاز
في كله بالف وخمسمائة • ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او بستمائة او بمائة دينار فسد لادخال
صفقة في صفقة • باع قرية يستثنى منها المساجد والطرق والفارقين وسور القرية لان السور في
على اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل تحت البيع وكل شرط في العقد يفسد فكذا اذا شرط بعد العقد
يفسد عند ابي حنيفة خلافا لهما • وقال الشافعي ما داما في المجلس يفسد والا لا • ولو كان من نيتهما الشرط

الفاسد

الفاسد وقد تواضعا قبله لم يؤثر عند ابي حنيفة ويفسد البيع عندهما ولو اخذ مكيونه وساله بيع داره
بشرط ان يهوبا عهما منه اقالة فيها ان قضاه دينه ورضي به مشتريه ثم اطلقا البيع خاليا عن الشرط فالبيع
صحيح • ولو باع من مديونه ثم قال ان قضيتني فافسخ البيع لان هذا شرطا فاسدا فلا يفسد به البيع اشتراه
على ان لا يدفعه اليه قبل دفع الثمن او على شرط ان يدفع الثمن في بلد آخر يفسد البيع لان التاجيل في المبيع العين
يفسده كما ذكرنا • ولذلك لا يجوز توقيت البيع سواء كان الاجل معلوما او مجهولا لكونه على خلاف موجبه
الذي هو التابيد فتعين فيفسد ما قلنا كذا في الايضاح وشرح الطحاوي وفيما لو كان الثمن عينا فضرب فيه
الاجل فسد البيع سواء كان الاجل معلوما او مجهولا كالبيع وبه قال الشافعي كما ذكرنا النيروز اصله النوروز
لكن لما لم يكن في اوزان العرب فوعول ابدلوا الواو ياء • وقد تكلم عمر رضي الله عنه به حين كان الكفار
يتهكون باليوم الذي يسمونه نوروزا فقال كل يوم لنا نوروز • وهو يوم في طرف الربيع • والمهرجان تعريب
مهركان وهو يوم في طرف الخريف كذا في الفوائد الشاهية • فان قيل لم خص الصوم بالنصارى
والفطر باليهود • قلنا يحتمل ان يكون مبدأ صوم اليهود معلوما دون صومهم الا ترى انه قال وكان التاجيل
الى صوم النصارى بعدما شرعوا في صومهم صح • ثم اعلم ان التاجيل في الثمن الدين يجوز بلا خلاف ولا يجوز المطالبة
قبل حلول الاجل بالنص وهو قوله اذا تداينتم بدين الآية • وقوله عليه السلام لعبد الله بن عمرو بن العاص
حين امره ان يجهز جيشا ابع ظهرا الى خروج المصدق فابتاع البعير بالبعيرين وكذا في كل دين لزم بايجاب
وجه لزم اما لو كان الاجل مجهولا مثل ان يقول بعت الى مدة او الى قدوم زيد او الى مجيء المطر فالعقد باطل
بالاجماع ولو كان الاجل معلوما فالعقد صحيح بالاجماع ولا خلاف لاحد فيه كذا في كتبنا وكتب اصحاب الشافعي
لا تبايعها اي لا تبتا الصفقة او المبايعة • والمنازعة على المماكسة والمماكسة موجودة في البيع فكانت
المنازعة موجودة فيه لوجود موجبها • المكس في البيع استنقاص الثمن والمماكسة والمكاس في معناه كذا في
المغرب الا اذا كانا اي البائع والمشتري يعرفانه بان تصادقا يعرفان ذلك في المبسوط ان هذه الآجال
ليست من آجال المسلمين فانهم لا يعرفون ذلك عادة حتى لو كانت معلومة عندهما جاز البيع بمنزلة الاهلة
لان الشرط اعلام الاجل بينهما • وكذلك لا يعرف المسلمون وقت صوم النصارى فانه قد يتقدم وقد يتأخر
وكذلك الى فطرهم وفطر اليهود • وكذلك في الميلاد • قيل المراد من الميلاد نتاج البهائم وذلك قد
يتقدم وقد يتأخر • وقيل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين بالايام
معلومة وهي خمسون يوما • الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع والدياس اصله من الدوس فصارت
الواو ياء لانكسار ما قبلها • والدوس شدة وطء الشيء بالقدم • وفي الطعام ان يوطأ بقوائم الدواب
والقطاف قطع العنب بالفتح والقطف بالكسر العنقود قال تعالى قطوفها دانية • والعطاء والقطاف
بالفتح وقت القطع • والجزاز القطع يقال جز الصوف • والنخل والزرع والجزاز وفيه الكسر من الصحاح والمراد هنا
وقت جزاز النخل وفيه فهذا كله فاسد بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس فان عائشة تجيز البيع الى العطاء وابن عباس
يفسده واخذنا بقول عائشة فقال البيع جائز والمال في الحال لازم لان العقد لم يكن صالحا للاجل
الذي ذكرناه • فاما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا
نادرا فكان هذا بيعا باجل معلوم • وذلك ان في عصرها الخلفاء الراشدين وكانوا لا يخلفون الميعاد
في العطاء فلم يتغير الوقت فكان الاجل معلوما • وفي زماننا بخلافه فصار مجهولا واخذنا بقول ابن عباس
لان العطاء فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدو لهم والآجال بالاوقات دون الافعال • قال
تعالى هي مواقيت للناس والشرط اعلام الاجل في البيع بكيل موجل كما قال عليه السلام الى اجل معلوم واعلام
الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهور • فاما ما يتقدم وما يتأخر من افعال العباد فلا يكون

مجهولا وكذا الحصاد قد يتقدم وقد يتاخر بتعجيل الحر وبطو البرد وكذلك الجزاز والدياس وقدوم الحاج
فعل العباد قد يتقدم وقد يتاخر • **قوله** متحملة في الكفالة لان مبناها على التسامح والتساهل لكونها
عقد تبرع ومعنى البيع على المماكسة والمضايقة فتحملت الجهالة اليسيرة في الكفالة دون البيع ولان الكفالة
تشبه النذر ابتداء من حيث انها التزام محض من غير ان يقابله شيء وفي النذر يتحمل الجهالة وان فحشت •
وتشبه المعاوضة انتهاء باعتبار الرجوع الى المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات وان قلت •
فقلنا تتحمل الجهالة اليسيرة دون الفاحشة عملا بالشبهين • وفي العكس لا يكون عملا بهما كذا في الفوايد
الشاهية وانما ذكر الكفالة للفرق يعني ان الكفالة بمنزلة التاجيل من حيث ان كل واحد تبرع فينبغي ان لا
تجوز الكفالة الى هذه الاوقات او تجوز التاجيل اليها • **فان قيل** كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع
لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا لها الا ترى ان الصداق يتحمل الجهالة في الوصف
ومع هذا لا يصح تاجيله بهذه الاجال وهذا اشكال ذكره شمس الائمة السرخسي • **ثم اجاب** عنه فقال
في جوابه هذا الفصل غير محفوظ في الكتب وبين مشايخنا فيه اختلاف والاصح انه تثبت هذه الاجال في
المهر لان اشتراط هذه الاجال لا يوثر في اصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا اجلا في الدين المستحق وجه
غير الاصح ان المعقود عليه في النكاح وهي المراة لا يحتمل الجهالة كما في البيع فكذا الاجل في البدل المشروط
فيه بخلاف الكفالة كذا في الفوايد الظهيرية • مستدركه اي قابلة للتدارك في الكفالة بان انها لا خلاف
الصحابة فيها اي في هذه الاجال مثل ما نعه لجواز البيع كما ذكرنا من قول عايشة جوازه وقول ابن عباس
بعدم جوازه يعني اختلافهم في جواز التاجيل الى هذه الاجال دليل على ان الجهالة يسيرة واليسيرة متحملة
في الكفالة مانعة للبيع الا ترى انها اي الكفالة تحتمل الجهالة في الوصف اي وصف الدين وهو الدين او ولي
فانه اي البيع لا يحتملها اي الجهالة في اصل الثمن حتى لو باع بثمن مجهول لم يصح فكذا في وصفه اي في وصف
الثمن وهو الاصل اذ الوصف لا يخالف الاصل ولان معنى الافضاء الى النزاع يشملهما ولا منازعة في الكفالة
لانه نوع تبرع ابتداء فيبتني على المسامحة وفيه نوع تامل • باع مطلقا اي بدون ذكر الاجل فيقع العقد
صحيحا بلا اجل والتاجيل بعد وقوع البيع صحيحا كالكفالة فتحمل مثل الجهالة بخلاف المشروط في العقد •
فان العقد لا يحتمل الجهالة فيصير شرطا فاسدا فيفسد العقد به • وقوله الى هذه الاجال احتراز عن البيع الى
هبوب الريح ومجي المطر ثم تراضيا على اسقاط الاجل حيث لا ينقلب جايزا لان هذا غير يسير باجل اذ الاجل ما
يكون منتظر الوجود والامطار والهبوب قد تتصل بكلامه فلا يكون اجلا فيفسد البيع بالشرط وباسقاط
الشرط الفاسد لا ينقلب جايزا • اما الاول فاجل لانه منتظر فانه مما ينتظر وجودها كذا ذكره الامام
التمرتاشي كذا اليه اشار في المبسوط • وقوله ايضا متصل بقوله ثم اجل الثمن الى هذه الاجال حيث جاز وبه قال
زفر والشافعي في الاصح لا يجوز اي لا ينقلب الى الجواز لما انعقد فاسدا كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحا بالا
بالاجماع • **وقلنا** المانع من صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع كما لو باع فصا في خاتم او جذعا
في سقف ثم نزعه وسلمه كان البيع صحيحا يوضحه ان نفس الاجل غير مفسد للبيع انما المفسد جهالته وذلك
غير موجود في الحال فباسقاطه قبل مجي اوان الحصاد تحقق الانفصال فيبقى صحيحا كما في الجذع فباعتبار
انه مال متقوم محل للبيع ولكن باتصاله بالسقف والضرر في نزعه كان لا يصح البيع فاذا نزعه زال
ذلك المانع كذا ههنا ولهذا لو جاز زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكنه فصله يتقرر الفساد
اما النكاح بغير شهود فالمفسد ثمة انعدام شرط الجواز وذلك بالاشهاد بعده لا ينقلب جايزا كما لو
صلى بغير طهارة ثم توضا لا ينقلب صحيحا • والنكاح الى اجل متعة معنى كما بينا في النكاح والمتعة عقد
آخر غير النكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر • وهذا بخلاف البيع بالف ورطل من خمر فان ذلك ينقلب صحيحا

عندنا اذا اتفقا على اسقاط الخمر بنص محمد عليه في آخر الصرف الا ان هناك لا ينفرد به البايع لانه يتصرف
في البدل فلا يتم الا بهما وههنا ينفرد من له الاجل وهو المشتري لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه كذا في
المبسوط كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم اما عند زفر فالنكاح الى اجل جايز والشرط باطل المامر في
النكاح قبل تقرره اي تقرر الفساد وهو جهالة وقت التاجيل للمنازعة اي في الحصاد فاذا اسقطه لا
تقع المنازعة والمراد بكونها في صلب العقد ان يكون في احد العوضين • وقوله اي قول صاحب القدوري •
اي قول محمد في الكتاب المبسوط لان من له الاجل وهو المشتري تستبد باسقاطه اي الاجل لانه اي الاجل خالص
حقه وحق الانسان ما يتولى اسقاطه وابانه ولهذا صرح في مبسوط شمس الائمة المشتري حيث قال •
فان ابطل المشتري الاجل الفاسد ونقد الثمن جاز البيع عندنا استحسانا وفي المجتبى في المحيط وعلى هذا •
الخلاف اذا باع بشرط الخيار الى الابد ثم اسقط الخيار • اما لو باع بالف ورطل خمر او باع الى ان يهب الريح
او يمطر السما ثم اسقط من له الخمر والاجل ذلك لا ينقلب العقد صحيحا • وفي جامع شمس الائمة لو اتفقا
على اسقاط الخمر انقلب جايزا ولكن لا ينفرد احدهما بالاسقاط • ولو باعه بالف بخاري على ان يوفيه
الثمن بسمرقند لا يجوز في الفصلين ثم اذا حل الاجل ولا حمل له لا يطالبه الا في مكان الايفاء • وفي النوادر
باعه على ان يوفي الثمن الى البايع بسمرقند فسد البيع • ولو باعه على ان يوفي الثمن يوم القيمة فقال
المشتري وادي الثمن في الحال جاز • **قوله** ومن جمع بين حر وعبد الى قوله عند ابي حنيفة جاز البيع عندهما
سواء سمى لكل واحد ثمنا او لا • وفي المبسوط اذا لم يبين ثمن كل واحد منهما يفسد البيع بالاجماع ولو بين
حصة كل واحد منهما فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في العبد وذكر في المبسوط لفظ الفساد
فيهما ولا شك ان لفظ الفساد تستعار عن البطلان في حق الحر والميتة وبقول ابي حنيفة قال الشافعي في
قول ومالك واحمد في رواية وبقولهما قال الشافعي في قول واحمد في رواية • وكذا الخلاف فيما اذا باع
دنين من الخمر فظهر احدهما خمرا وقالا فسد فيهما اي في الجمعين وهو الجمع بين الحر والعبد والجمع بين العبد
والاخر والجمع بين عبده وعبد غيره وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية في غير جمع المدبر حيث
قال في تتمتهم وشرح الوجيز ولو جمع بين عبده وعبد غيره فان عللنا بانه جمع بين الحلال والحرام لا يصح
سواء فصل الثمن او لا • وان عللنا بجهالة الثمن يجوز اذا فصل الثمن وهذا في الكل فيكون في المسئلة قولان
والمكاتب وام الولد لما ثبت لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد في الاخر فيفسد العقد
فيهما كما لو جمع بين حر وعبد بالاضافة الى الكل فان البيع مضاف اليهما والكل من حيث ان الكل ليس بمال في
الحر والعبد ومال مطلق في المكاتب والعبد • ولهما ان الفساد بقدر المفسد في المبسوط الفساد
يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند تسمية ثمن كل واحد عنهما فكما نعدم العلة المفسدة فيما هو
مال متقوم منهما وهذا لان احدهما منفصل عن الاخر في البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في احدهما لا
يوثر في الاخر لان تاثيره في الاخر اما باعتبار التبعية واحدهما ليس بتبع للاخر او باعتبار انهما شي واحد
وليس كذلك لان كل واحد منفصل عن الاخر في العقد • الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض بقي العقد
في الاخر اذا كان كل واحد عبدا • وانما نشترط قبول العقد في احدهما في الاخر اذا صح الايجاب فيهما حتى لا
يلحق البايع الضرر في قبول العقد في احدهما دون الاخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في احدهما دون
الاخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في احدهما وصار هذا كما اشترى عبدا او مكاتبا او مدبرا فالبيع يفسد
في المدبر ويبقى العقد في القن صحيحا كذا هنا لانه اي الثمن مجهول اذ الحر لا يدخل في العقد لعدم ما ليته فلو
جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصة ابتداء والبيع بالحصة ابتداء لا ينعقد لمعنى الجهالة كما لو قال
اشتريت منك هذا العبد بحصته من الالف اذا قسم على قيمته وقيمة الاخر فانه لا يجوز لجهالة الثمن كذا في

المبسوط فكان القبول في الحر شرطا يعني لما جمعهما في الايجاب فقد شرط في ثبوت العقد في كل واحد منهما قبول
العقد في الاخر بدليل ان المشتري لا يملك القبول في احدهما دون الاخر واشتراط قبول العقد في الحر في بيع
العبد شرط فاسد والبيع يبطل به • واما قولهما هذا عند صحة الايجاب • **قلنا** صحة الايجاب يكون هذا
شرطا صحيحا ونحن ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في
كلامه لا باعتبار وجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في فصل من هذا الجنس الى قول ابي حنيفة
وهي مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسئلة على رجوعه
في جميع هذه المسائل اذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط • **وقيل** ينبغي ان يكون الجمع بين متروك التسمية
عامدا لكونه مجتهدا فيه وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر لضعف الفساد في متروك التسمية عامدا لكونه
مجتهدا فيه حتى يحل عند الشافعي • **قلنا** ليس كذلك فان القاضي لو قضى بحله لا ينفذ قضاؤه لو وقع
ذلك من الشافعي خطا بينا لمخالفته النص الظاهر وكان اجتهاده في مورد النص فلا يعتبر كما يجيء في ادب
القاضي وقد تبين في الاصول لخلاف المدبر فان القاضي لو قضى بجواز بيعه ينفذ • **فان قيل** لو بين
ثمن كل منهما تكون الصفقة متفرقة فحينئذ لا يكون القبول في الحر شرطا للبيع في العبد • **قلنا**
قد ذكر في الذخيرة ان البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة والحد لبائع كانت الصفقة متحدة
ايضا فيما نحن فيه كذلك فيفسد فيه البيع • **فان قيل** هذا شرط ليس فيه نفع لاحد المتعاقدين
فلا يكون في معنى الربوا فلا يفسد به البيع • **قلنا** لا نسلم ذلك في كل شرط بل وجود الشرط المخالف
لمقتضى العقد كاف للفساد ولئن سلمنا ذلك • **قلنا** هو موجود في ذلك الشرط ايضا لان في قبوله
قبول بدله وبدله مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله خاليا عن العوض فكان ربا • وقوله في الاصح
احتراز عما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف في النوادر وذلك غير معتمد عليه • وفي المدبر بقضاء القاضي يعني
القضاء نافذ في محله فعلم انه دخل في البيع ثم خرج بالاستحقاق **قوله** وكذا في ام الولد بيع ام الولد مختلف
بين الصحابة فعمر رضي الله عنه لم يجوزه وعلي رضي الله عنه جوزه ثم من بعدهم من الخلف اجمعوا على عدم
جواز بيعها فالحاصل ان الاجماع المتاخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عندهما ام لا فعندهما لا يرفع اذ ليس
لاجماع التابعين من القوة ما يرفع خلاف الصحابة فكان قضاء في مجتهد فيه فينفذ • وعند محمد يرفع فكان
القضاء مخالفا للاجماع فلا ينفذ وقد مر والمسئلة مذكورة في الاصول فيثبت دخولها في البيع ثم خروجها
بالاستحقاق وكما لو خرج احدهما بالهلاك قبل القبض فبقي العقد صحيحا في حق الاخر حتى لو قبضهما لزم البيع في القن
بحصته من الثمن ذكره في المبسوط • وقوله الا ان المال الى اخره استثناء من قوله دخلوا تحت البيع لان البيع
بعد الدخول اشارة الى البقاء اي بقاء البيع في حق هولاء اي دخولهم تحت البيع لان رد البيع بدون انعقاده لا يصح
يعني اشارة الى البيع بالحصة بقاء لا ابتداء • وهذا اي الجمع بين المدبر والقن لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع لكون
كل واحد منهما محلا للبيع كما ذكرنا بخلاف الحر • فكانه احترز به عن الجمع بين القن والحر فان هناك يلزم ذلك
الفساد • وفي الجمع بين القن والمدبر لا يلزم فيه اي في القن مع المدبر او عبد غيره • وفي الكافي ولو جمع بين وقف
وملك او طلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد البيع فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد
والمدبر ولو باع كرما فيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والا فلا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا
وطريقا عاما مطروقا او مسجدا وما معلوما ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق
مختلطا بها • وان كان متميزا لزمه الدار بحصتها ولو لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق
المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان
مهدوما او ارض ساحة لا بناء فيها بعد ان يكون اصله مسجد جامع كذا في المجتبى • وللشافعي في الجمع بين ما يجوز بيعه

وما لا يجوز قولان كما ذكرنا •

فصل في احكامه

اي احكام البيع الفاسد • **قوله** بامر البائع اي باذنه
اما صريحا واما دلالة بان يقبضه في المجلس بحضرته او بقبض البائع الثمن ملك المبيع هذا قول عامة مشايخنا وقال
بعض مشايخنا العراقيين يملك التصرف فيه وهذا غير صحيح لان محمدا نص في كتاب الشهادات انه يملك الرقبة وبه
عليه ايضا نشوا هذه الاصول من ثبوت الولاء بعتق المشتري دون البائع كذا في شرح الطحاوي وقد مر في اول
بيع الفاسد ما تشبث به مشايخ العراق مع جوابه قال الكرخي متاع الملك بالعقد ثابت باجماع اصحابنا
اما عند مشايخ العراق فظاهر • واما عند عامة المشايخ فلان الملك يحصل بالقبض لا بالعقد ولا يلزم ما لو
باع ما في يد المشتري بيعا فاسدا لان الملك لا يقع بالعقد بل يقع بالقبض ولهذا لو كان امانة في يده لم يملكه
بالشراء الفاسد حتى يعاود فيه القبض **قوله** وقال الشافعي لا يملكه وبه قال مالك واحمد لا يفيد به اي
الملك قبل القبض • **ولنا** ما روي ان عائشة اشترت بريرة فابى مواليها عن بيعها الا بشرط الولاء لهم
فاشترت واشترطت واعتقت وذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز العتق وابطل الشرط
وخطب الى آخر الحديث وقد مر • فاجاز النبي عليه السلام العتق مع فساد البيع بانا اولناه بان الشرط
بعد البيع كما مر ولانه نوع معاوضة فجاز ان يقع الملك فيه بالقبض كالهبة والقرض كذا في الايضاح
وفيه نوع تامل وفيه الكلام اي المسئلة مصورة فيما اذا كان العوضان مالا والنهي يقرر المشروعية عندنا
وفي المبسوط هذا بناء على مسئلة من اصول الفقه وهي ان النهي في العقود الشرعية لا يخرجها عن المشروعية
لان ذلك موجب النسخ والنهي غير النسخ • وعنده يخرجها مقتضى النهي وهذه المسئلة مستقصاة في الاصول
قوله انما المحظور ما يجاوره المعنى والمنازع من قبيل ما اتصل به المعنى وصفا مع ان الحكم يختلف فالبيع وقت
النداء مكروه والمتنازع فاسد • **قلنا** غرض المصنف ان المحظور فيهما لمعنى غير المنهي عنه كما هو مزعوم الخصم
فيتحدان في المقصود فيصح قياس احدهما على الاخر ومقصوده نفي البطلان كما زعم الخصم والكراهة والفساد
متحدان في عدم البطلان وفيه نوع تامل • يؤدي الى تقرير الفساد اي من جهة الشارع لان البيع الفاسد
منهي عنه • ولو ثبت الملك قبل القبض يكون التسليم والتسلم واجبا شرعا فيكون الشارع آمرا وناهيا في
شيء واحد وهذا لا يجوز • **فان قيل** لو ثبت الملك قبل القبض يلزم تقرير الفساد ايضا • **قلنا** لو ثبت
قبل القبض يكون الفساد مضافا الى نفس البيع والبيع مشروع الله تعالى فيكون الفساد مضافا الى الشارع ولا
كذلك بعد القبض لان الملك مضاف الى القبض والقبض موجب للضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان
تقرير الفساد مضافا الى العبد كذا نقل عن القاضي الارسابندي • **وقيل** فيه نوع تامل ولان الفاسد
لو اثبت الملك قبل القبض وبعده لكان مساويا للصحيح ولو الغينا الملك به لكان مساويا للباطل فاثبتنا
الملك بعد القبض به عملا بالدليلين وفيه نوع تامل لان الفاسد والباطل مساويان عند الخصم وفي المبسوط
لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض وجاز
ان ينعقد البيع ويتاخر حكمه كما في البيع بشرط الخيار • وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد كالاحرام
يفسد بالجماع فانه ينعقد موجبا حكمه • والضمان لا يجب بالعقد بشرط القبض كما في المقبوض على سوم
الشراء فان العقد الموعود فيه يجعل كالمتحقق وههنا الضمان بالعقد لا بالقبض اذ ضمان القبض يجب بالجبران
وشرطه التعدي وههنا قبضه بالاذن فلا يكون الضمان بطريق الجبران بل بالعقد فبالامتناع اي امتناع
البائع من مطالبة الثمن او المشتري عن مطالبة المبيع اذ لو ثبت الملك بمجرد العقد وجب على البائع تسليم
المبيع وعلى المشتري تسليم الثمن حتى لو وجد دفع الفساد بالاسترداد بعد القبض فرفع الفساد بالامتناع
اولى لان الامتناع اسهل وابعد عن العبث فلو • **قلنا** تسليم المبيع بحكم الملك ثم يسترده باعتبار الفساد
كان فيه نوع عبث لان رفع الفساد يوجد بدون ذلك وهو الامتناع عن التسليم والتسلم وهذا الامتناع

تحقق بعدم الملك قبل القبض لما ذكرنا ان ثبوت الملك يثبت المطالبة **قوله** ولو كان الخمر مثمنا اى مبيعا فيما
اذا اشتراها بالدراهم او الدنانير فقد خرجناه اى ذكرنا وجه تخرجه فى اول باب البيع الفاسد فى ان البيع باطل
اذا كان المبيع خمرا وشى آخر اى دليل آخر وهى اى القيمة تصلح ثمنا يعنى لو انعقد البيع على الخمر تجب قيمة الخمر لا عين
الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها • **فلو قلنا** بانعقاد البيع فى هذه الصورة لجعلنا القيمة مثمنا
اذ كل عين فى مقابلة الدراهم او الدنانير فى البيع مثمن لتعينهما فلثمنيته خلقة وشرعا وما عهد فى صورة
من صور البياعات ان تكون القيمة مثمنا لانه يؤدى الى تغيير المشروع فلذلك حكمنا بالبطلان • **قوله**
وهو الظاهر اى ظاهر الرواية وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذكر صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة
فقال وما قبضه بغير اذن البائع فى البيع الفاسد فهو كالم يقبضه وهذه الرواية هى المشهورة ووجها
ان البيع الفاسد لا يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت مقتضى شرعا والفاسد يجب
إعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وذكر فى الزيادات لو قبضه فى مجلس العقد قبل
الافتراق يصح استحسانا ولم يذكر خلافا لان مطلق البيع على القبض كالهبة فاذا شاهد القبض ولم يمنع
وقع الملك بالتسليط الذى هو مقتضى العقد كذا فى الايضاح • ولو قبضه بعد الافتراق فلا يصح قبضه
قياسا واستحسانا • وعن الهندوانى يجب ان يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان اداء الثمن
اذا كان الثمن مما يملكه البائع بالقبض وقد مر فى المجتبى حقيقة القبض شرط وفى التخلية اختلاف
والاصل انها ليست بقبض • وفى المحيط باع عبده من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا
لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفى جمع التفاريق ولو كان وديعة عنده وهى حاضرة ملكها • وشرط
اى القدورى وفى بعض النسخ يشترط فيخرج عليه اى على اشتراط المال فى العوضين فى البيع الفاسد حتى يثبت
الملك بالقبض والمراد بكونهما مالا ان يكونا مالا فى دين سماوى ليشمل العقد بالخمر والخنزير فانه لو اشترى بهما
واعتقه او باعه او وهبه ينفذ تصرفه لانهما مال الان مطلقا سواء كانا متقومين اولا وقد ذكرناه
فى اول الباب • والريح بان قال بعت هذا بالريح الفلانى او الشمالى الذى ياتى من هذا الجانب وذلك المكان
ملك المشترى • وفى الذخيرة صورة البيع بالريح بان يكون لانسان طرف مفتوح فاشترى بتلك الريح التى فى
الطرف وجطها فى طرف آخر • والبيع مع نفى الثمن اى فى رواية ينعقد لان نفيه لا يصح اذ البيع مشتمل على
العوضين وما لم يشتمل على عوضين فهو هبة وصدقة • واذا لم يصح صار كانه سكت عن ذكر الثمن فلو
باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا ويثبت الملك بالقبض لان مقتضى العقد يقتضى المعاوضة
فاذا سكت كان عوضه قيمته وكانه باع بقيمته فيفسد البيع وشرط ايضا ان لا يكون للبائع خيار الشرط
لان خياره يمنع الملك فى الجائز ففى الفاسد احق كذا فى الايضاح والكافى • لزمته قيمته يعنى قيمته يوم
القبض وان ازدادت قيمته فى يده فاتلفه لانه دخل فى ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد
عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فيعتبر قيمته حينئذ كذا فى الكافى لانه مضمون
بنفسه اى بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح وقالوا جميعا فالمرجع فى قيمته او المثل قول المشترى لانه هو
الذى يلزمه الضمان فالقول له فى قدره والبينة للبائع كذا فى مختصر شرح الكرخى من المتعاقدين فسخه اى حق
الفسخ كالاسقع يتصرف على المشترى مكروها او حراما فانه ذكر فى الايضاح ويكره للمشترى ان يتصرف فيه
بتمليك وانتفاع لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان اعدام الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد فى
صلب العقد اى فى البدل او المبدول عنه كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر ففى الصورتين يملك فسخه
بحضرة صاحبه عندنا لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه • وعند ابى يوسف بغير حضرته ايضا
وان كان الفساد بشرط زايد بان باعه على ان يقرضه او يهبه كذا او باعه الى اجل مجهول فلمن له الشرط

اى الذى له الشرط وهو البائع فى صورة الاقراض والمشترى فى صورة الاجل ان يفسخه بحضرة صاحبه دون
من عليه عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصحح العقد
فاذا فسخ العقد فاذا فسخ الآخر فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل واحد من المتعاقدين
حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم يتمكن كل واحد من فسخه كذا
فى الذخيرة والايضاح والكافى فعلى هذا المذكور ههنا قول محمد وهذا اذا كان المبيع قائما فى يده على
حاله • فاما اذا ازداد او انتقص فحكمه حكم الغصب • وقوله الا انه الى آخره جواب سؤال يرد على قوله
لقوة العقد يعنى لما كان العقد قويا ينبغى ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ فان باعه اى المبيع بالشراء الفاسد
بعد القبض نفذ بيعه لوجود الملك فيه وعليه نص محمد والتمليك تسليط على التصرف ولهذا قال محمد فى
كتاب الاستحسان لو كان المشترى بالبيع الفاسد طعاما حل له تناوله لان البائع سلطه على ذلك كما فى العقد
الجائز • ولا يحل وطى الجارية المشتراة بالبيع الفاسد لان الوطى مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته
اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك اذ هو ينفك عن صفة الحل كذا فى المبسوط • وفى شرح الطحاوى
ولو كان المشترى ماكولا لا يحل اكله لتعلق حق العبد وهو المشترى الثانى بالعقد الثانى ونقض الاول
اى البيع الاول لحق الشرع من جهة الفساد فيه وحق الشرع اذا اجتمع مع حق العبد تقدم حق العبد
لحاجته لا لتهاون بالشرع بل لانه اغنى والعفو عنه ارجى بخلاف المشترى من الغاصب لانه تعلق به
حق المغصوب منه وحق المشترى وكلاهما حق العبد فيترجح حق المغصوب منه لانه اسبق كذا فى المبسوط
فان قيل يشكل على قوله لتعلق حق العبد الثانى بما اذا ورثه وارث المشترى عنه حيث لم ينقطع حق
استرداد البائع من وارث المشترى وان تعلق به حق الوارث وبخلاف ما اذا اوصى المشترى لآخر ثم
مات لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له • **قلنا** انما كان كذلك لان الملك كان مستحق النقض
فانتقل كذلك الى الوارث حتى لو مات البائع كان لوارثه حق الاسترداد من المشترى بحكم الفساد ولهذا
يرد بالعيب ويرد عليه • واما الموصى له فهو بمنزلة المشترى الثانى لان له ملكا متجددا لثبوته بسبب
اختيارى منشأ اليه اشير فى الذخيرة • **فان قيل** يشكل على قوله وحق العبد يقدم بما اذا كان حلالا
وفى يده صيد ثم احرم يجب عليه ارساله • وفيه تقدم حق الله تعالى • **قلنا** لا بل الواجب فيه
الجمع بين الحقين فى موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن الجمع لان الاول اى البيع الاول
مشروع باصله دون وصفه لما عرف • والثانى اى البيع الثانى مشروع باصله ووصفه لعدم الفساد
فيه فكان اقوى ولانه اى البيع الثانى من جهة البائع اى البائع الاول لان التمليك تسليط على التصرف فلا
يمكن من الاسترداد من المشترى الثانى اذ لو تمكن مع ذلك يلزم سعى الانسان فى نقض ما تم من جهته وهذا لا يجوز
لتاديته الى المناقضة • **فان قيل** فعلى هذا ينبغى ان لا يتمكن من الاسترداد فى بيع نفسه قبل وجود البيع
الثانى للزوم سعى الانسان فى بعض ما تم من جهته • **قلنا** اذا لم يبعه المشترى شراء فاسدا ترجح
حق البائع بسبقه والمحل قائم على حاله من غير تعلق حق المشترى الثانى ولو هاهنا فى بيعه لفساده فكان ذلك
العين غير ذلك العين فلا يصار الى الترجيح لتبدل الاعيان باختلاف الاسباب على ما عرف فلم يبق له حق
الاسترداد اذ لو بقى لكان فيه السعى فى نقض ما تم من جهته خالصا لما ان البيع الثانى صحيح فلا حاجة تمكن الاسترداد
الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول فى الدار المشفوعة يعنى لو تصرف المشترى فى الدار المشفوعة بالبيع
والهبة يبقى حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات وان تعلق بها حق الغير فلو كان عدم ولاية الاسترداد
للبائع الاول باعتبار تعلق حق المشترى الثانى او باعتبار ان تصرف المشترى صحيح • وان كان شراؤه فاسدا
ينبغى ان لا ينقض الشفيع حق العبد فيستويان اى حق المشترى الدار المشفوعة وحق الشفيع فى انهما حق العبد

وانهما مشروعان فيترجح حق الشفيع لانه اسبق ولانه لم يوجد من الشفيع التسليط على التصرف وفي الذخيرة
انما يثبت التسليط على التصرف بالاذن نصا او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع
فان قيل ينبغي ان يكون حق المشتري راجحا على حق الشفيع لانه بان وحق الشفيع ناسخ **قلنا** اذا كان
بانيا اذا قدر على ابطال البيع الاول واذا لم يقدر عليه لا يكون ناسخا لسبقه **قوله** او باعه اي بيعا صحيحا
يمنع رد العين على المشتري الاول او وهبه وسلمه لانهما لازمان فان عقد الرهن اذا اتصل بالقبض
يصير لازما في حق الراهن وكذا الكتابة في حق الكاتب فيثبت العجز عن رد العين فيلزمه القيمة لعجز
المكاتب وفك الرهن ليس بحصتهما في حق الاسترداد فائدة زائدة لما ان عود حق الاسترداد ثابت في
جميع الصور اذا انتقضت هذه التصرفات من البيع والهبة ومن التصرفين حتى انه لو رد عليه بعيب في البيع
قبل القضاء بالقيمة كان له ولاية الاسترداد وكذا اذا رجع في الهبة بقضاء او بغير قضاء يعود حق الاسترداد
لانه عاد اليه قديم ملكه في الوجهين ثم الحول له في هذه الصور جميعها اذا لم يقض على المشتري بالقيمة
اما اذا قضى عليه لا يعود حق الاسترداد وكذا اذا رجع في الهبة لتمام تحول حقه في القيمة فلا يعود
الى العين بعد ذلك كما لو ابق المغصوب وقضى بالقيمة على الغاصب • ثم عاد من الاباق وكذا في المبسوط
وهذا اي بطلان حق الاسترداد في هذه التصرفات بخلاف الاجارة • وفي الذخيرة والمبسوط لا يبطل
حق الاسترداد بالاجارة والنكاح لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد
لفساد السبب من اقوى الاعذار فيفسخ به الا ترى ان المشتري لو آجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له ان يفسخ
الاجارة للرد بالعيب فهذا اولى ولم يذكر محمد من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها
بشبه الاجارة لورود على المنفعة والبيع والفسخ يردان على الرقبة وتعلق حق الزوج بالمنفعة
لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وهكذا ذكر في الايضاح ايضا فيكون الرد امتناعا اي عن العقد
بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث • وفي الايضاح لو قطع المشتري يده في البيع الفاسد واخذ الارش
او كانت جارية فولدت او اخذ الثمن فالبيع يفسد ويرد الزيادة على البائع لان حق المشتري في الزيادة لا يمنع
الفسخ في الاصل ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه لا يفسخ البائع لان حق المشتري في الزيادة
لا يمنع البائع البيع ولا يأخذ شيئا منها لانقطاع حقه به كما في الغصب ولو صبغ الثوب فعن محمد ان البائع بالخيار
بين الاخذ واعطاء ما زاد الصبغ وبين تركه وتضمين قيمته كما في الغصب وما اطلقه ابو الحسن فهو محمول
على هذا التفصيل وفي الكفاية كل تصرف لو فعله الغاصب في المغصوب ينقطع حق المالك اذا فعله
المشتري هنا ينقطع حق البائع في الفسخ وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد بخلاف الغصب •
وعن محمد كالغصب وموت المشتري لا يمنع المشتري الفسخ في الاحوال كلها الا اذا كانت بفعل المشتري
كالخياطة والصبغ ونقصان المشتري بفعله او بآفة سماوية او بفعل المشتري لا يمنع الفسخ ويرد البائع
المبيع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة • ولو كان النقصان بفعل اجنبي •
فله ان يأخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي المبيع ليس له تضمين الجاني ولو كان
المشتري جارية لا يحل وطؤها والوطء لا يمنع الرد ولو ردا واسترد البائع لزمه العقر وان اعلقها يلزمه
تضمين قيمتها كذا في المحيط والمجتبى • **قوله** وليس للبائع الى آخره قال الامام التمرتاشي هذا الحكم ليس بمخصوص •
بالبيع الفاسد بل هذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد
الجائز اذا تفاسخا لان هذه عقود معاوضة فيوجب التسوية من البدلين ولو مات البائع او المواجر •
او الراهن او المقرض فالذي في يده العبد او الرهن احق بثمنه من غرمائه الميت بخلاف ما لو مات المحيل
وعليه دين ولم يكن قبض المحال له الدين او الوديعة من المحال عليه حيث لا يختص المحال بدين الحوالة

والوديعة

والوديعة • **فان قيل** دين المحيل على المحال عليه صار مشغولا بحق المحال له فيجب ان يكون المحال
له احق به كما في الرهن • **قلنا** مجرد احق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كالماذون اذا لحقه
دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان كسبه ورقبته بين الكل بالحصص حتى
يرد الثمن اي الذي اداه المشتري سواء كان قيمته او الثمن مقابل به اي بذلك الثمن وفيه لا يجب الثمن شرعا
انما اراد به ما قابل البائع المبيع فيصير اي المبيع محبوسا به اي بذلك الثمن كالرهن من حيث انه محبوس
بالدين ولكنهما يفترقان فان الرهن مضمون بقدر الدين والمبيع هنا مضمون بجميع قيمته كما في الغصب
لانه اي المشتري يقدم على البائع في حياته اي حياة البائع كالراهن يعني اذا مات يكون المرتهن احق من
ساير الغرماء حتى يستوفي الدين كما في حياته • وفي بعض النسخ كالمرتهن يعني المشتري يقدم كالمرتهن
وقوله وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص قال شيخ الاسلام المفقود اذا كان قايما هل يتعين على
رواية ابي حفص لا يتعين كما في البيع الصحيح وهو كتاب الصرف وعلى رواية ابي سليمان يتعين وهو الاصح
لما ذكرنا في المتن • وقال الامام البرغري في جامعه الدراهم او الدنانير في البيع الفاسد انما يتعين اذا
كان البيع الفاسد بمنزلة الغصب فكان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب والدراهم المغصوب يتعين
حتى وجب ردها عليهما ان كان قايما وبه صرح الامام السرخسي • اخذ مثلها اي مثل الدراهم المستهلكة
لما بينا وهو انه بمنزلة الغصب • وفي الفوائد الظهيرية بيع المبيع بحقه اي بحق المشتري ولكن ذكر
الامام قاضي خان كما هو المذكور في المتن • **قوله** ثم شك يعقوب بعد ذلك اي بعد الرواية في حفظ
الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهب ابي حنيفة فانه ذكر في جامع البزدوي قال ابو يوسف لمحمد ما رويت
لك عن ابي حنيفة انما رويت لك ان ينقض البنا • وقال محمد بل رويت انه يأخذ قيمتها وقد اشار الى
ذلك في بعض النسخ • فقال محمد ثم شك يعقوب في هذه المسئلة ولم يرد به انه شك في قول ابي حنيفة
بل شك في سماعه عنه • وفي الايضاح قال المعلى رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة • وقال بشر عن ابي
يوسف اذا غرس بخلاف ما اذا اطلع قبل غرسه انه لا يكون مستهلكا بخلاف حق البائع فانه محتاج الى القضاء
او الرضا ولا يبطل بالتأخير ويورث حق البائع ولا يورث حق الشفعة وكذا انضم الى حق البائع حق الشرع
حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة • ثم اضعفا الحقين وهو حق الشفيع لا يبطل
بالبنا حتى ينقض بناء المشتري ويأخذ بالشفعة فاقواهما وهو حق البائع اولى • مما يقصد بالدوام اي البنا
ليس بالنقض والغرس ليس للقطع • وكانه يحترز به عن البناء والغرس في الاجارة فانه ينقض فانه لا
يقصد به الدوام بنا والمشتري يتضرر بنقض البنا والغرس ضررا بالاجابر اما البائع يتضرر مع الجابر •
مع انه حصل بتسليطه وكان رواية حق المشتري اولى فينقطع حق البائع في الاسترداد كما لو باعه المشتري
شرا فاسدا بيعا صحيحا • **فان قيل** لما وجب نقضهما لحق البائع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد **قلنا**
لا يلزم من نقضهما لحق الشفيع نقضهما لحق البائع لان البائع جان والشفيع بري عن الجناية ولان البائع سلطه
عليهما بخلاف الشفيع • **فان قيل** اذا انتقض البنا والغرس لاجل الاخذ بالشفعة يجب ان يعود حق •
البائع في الاسترداد لزوال المانع وقيام المقتضي كما لو باعه ثم انتقض البيع بما هو نقض من كل وجه
فانه يعود حق البائع لزوال المانع فكذا هذا • **قلنا** المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك •
للشفيع وانه مانع من الاسترداد ايضا • فان المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثاني ولم يقل
هناك لما نقض البيع صار كان البيع الثاني لم يكن لان نقض البيع الثاني لحق الشفيع مقتضي التمليك بالشفعة
انما كان بذلك البيع فلا يثبت على وجه يبطل به حق الشفيع • وذلك ان النقض انما وجب ضرورة ابقاء
حق الشفيع فصار النقض مقتضي صحة التسليم الى الشفيع فلا يثبت على وجه يبطل حق الشفيع فلو عاد حق

الاسترداد للبايع يبطل حقه نفاذا على موضوعه بالنقض لان النقض لا يكون الحق له لا لان لا يكون الحق
له اليه اشار فخر الاسلام والمرغيناني والتمرتاشي • **قوله** وقد نص ذلك دليل على ان ثلث يعقوب في حفظ
الرواية لان في مذهب ابي حنيفة ذكر محمد في كتاب الغصب واشترى دارا شراء فاسدا فبنى بها او غرس
فللشفيع الشفعة عند ابي حنيفة وعندهما لا شفعة له فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة
لان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع • قوله وثبوته بالرفع عطف على قوله مبني اي ثبوت حق
الشفعة على الاختلاف فعند ابي حنيفة يثبت حق الشفعة لكان انقطاع حق البايع في الاسترداد ثابتا
وعندهما لا يثبت حق الشفعة لانه لم ينقطع حق البايع في الاسترداد • واتفقت الروايات ان طلب
حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البايع لا وقت الشراء • **قوله** ومن اشترى جارية
الى اخره الاصل فيه ان المال على نوعين نوع يتعين في العقد ونوع لا يتعين كالدراهم والدنانير والخبث
نوعان خبث لعدم وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين اعني فيما يتعين وفيما لا
يتعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب او الوديعة فيما عرض ومن النقود وادياضمانهما
للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد فيما يتعين هو بدل مال الغير فيثبت حقيقة الخبث
لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكن انما يتوصل الى الربح باداء المغصوب او الوديعة فيمكن فيه شبهة الربح
بمال الغير فيتصدق والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يتعين •
وشبهة الشبهة فيما لا يتعين فلهذا قال يتصدق المشتري بالربح ويطيب للبايع ما ربح في الثمن وهذا
على الرواية التي تتعين تكون بمنزلة المغصوب كذا في جامع قاضي خان في المعقود اي في عقود المعاوضات
واحترز به عن الوديعة والشركة والغصب عندنا وعند زفر والشافعي يتعينان حتى لو اشترى بدراهم
معينة بجنسها واعطى البايع غيرها للبايع ان يابى ذلك ولو هلكت تلك الدراهم او استحقت يبطل
العقد عندهما كما في البيع العين وعندنا لا يبطل كذا في المبسوط وهذا اي الفرق بين ما يتعين وبين ما لا
يتعين • اما الخبث لعدم الملك كالجارية المغصوبة والدراهم المغصوبة والوديعة يشمل النوعين
ما يتعين وما لا يتعين يتعلق به اي بما لا يتعين سلامة المبيع بان ينقد الدراهم المغصوبة او تقدير الثمن بان
اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها تنقلب الحقيقة اي حقيقة الخبث والشبهة اي شبهة الخبث
واللام فيهما للمعهود يعني صار الخبث بسبب فساد الملك فيما يتعين نظير الخبث لعدم الملك فيما لا يتعين
فوجب التصدق بالربح • فاما فيما لا يتعين لما كان عند حقيقة الخبث وهو الخبث لعدم الملك لا تثبت • الا
شبهة الخبث فعند شبهة الخبث وهي الخبث بفساد الملك لو ثبتت تثبت شبهة الشبهة وذلك غير معتبر
بالحديث وهو انه عليه السلام نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة ولم يعتبر النازل عنها لان شبهة
الشبهة لو كانت معتبرة لكانت دونها معتبرة ايضا وبيع ما لا يخلو عن شبهة الشبهة فيودي حينئذ الى
انسداد باب التجارة وهو مفتوح شرعا • ولان الاصل في الكسب التوسعة وقد عدل عن هذا الاصل
في حق الشبهة بالنص فبقي ما انحط عنها على الاصل لفساد الملك ههنا لانه قبض الدراهم بدلا عما زعم انه
ملكه وهو الدين فاذا ظهر انه لم يكن عليه دين كان المقبوض بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا
والخبث لفساد الملك لا يظهر فيما يتعين كذا ذكره الامام قاضي خان بالتسمية وهي الاقرار ودعواه على آخر •
مالا وبدل المستحق مملوك اي فاسدا سواء كان المستحق عينا او دينا بدليل انه اذا اشترى عبدا بجارية
ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما صح عتق العبد لان العتق •
لا يجوز في غير الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلما ملك بدل المستحق فيما كان المستحق
مما يتعين فاولى ان يملك بدل المستحق فيما لا يتعين وهو الدين • وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق

مملوك بدليل ما لو حلف وقال لغريمه لا افارقك حتى استوفي منك حقي ثم باعه المديون عبدا الغير
بذلك الدين ثم فارقه الحالف بعد قبض العبد ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملك ما في ذمته بهذا
البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث • وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق المبدل يجب رد البدل
ولكن لا يبطل البيع فيمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان
فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر كذا في الكافي •

فصل فيما يكره

• المكروه ادنى درجة من الفاسد
ولكن شعبة من شعب الفاسد فلذلك الحق المكروه به • النجش بفتحتين ان تستام السلعة بازيد من ثمنها
وانت لا تريد شراها بل ليراك الآخر فيقع فيه وكذا في النكاح وروي بسكون الجيم وهكذا في الصحاح واصله
من نجش الصيد وهو اثارته ولا تناجشوا اي لا تفعلوا النجش كذا في المغرب • والنجش مكروه باجماع الائمة
الاربعة • وكذا يكره السوم على سوم غيره باتفاقهم لكن البيع ينعقد باتفاقهم • وفي شرح الطحاوي في مسئلة
النجش وهذا اي النهي فيما اذا طلب الراغب فيها من صاحبها بمثل ثمنها • اما اذا كان الراغب فيها يطلب
السلعة من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها الى ان تبلغ قيمتها فلا باس به وان لم يكن له رغبة في ذلك
لا تستام الرجل هذا نفي في معنى النهي وهذا ابلغ في استدعاء الكف كما ان اخبار الشارع ابلغ في استدعاء
الوجوب من الامر • وفي شرح الطحاوي يتساوم الرجلان على السلعة والمشتري والبايع رضيا بمقدار
الثمن ولم يعقدا البيع حتى دخل آخر على سومه فاشتراه فانه يجوز في الحكم ويكره • وفي الكافي السوم ان
يزيد في الثمن بعد تقرره لارادة الشراء وراوي حديث النجش عمر رضي الله عنه • وراوي حديث السوم ابن
وابي هريرة والاعمش فاذا لم يركن اي لم يرض ولم يجنح احدهما اليه فلا باس به لان هذا بيع من يزيد •
وقد روي انه عليه السلام باع قدحا وحلسا بيع من يزيد كما يجيء • وعن تلقي الجلب اي نهى عن تلقي الجلب
اي المجلوب في المغرب • جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا اما اذا لم يضر يعني لهذه المسئلة صورتان
احدهما ان يشتري الطعام من القافلة في سنة قحط ويبيعه على ما زاد من الثمن فهو مكروه • والثانية
ان يتلقاهم ويشتري منهم بارخص ثمن من سعر المصر وهم لا يعلمون بالسعر فالشراء جائز ولكنه مكروه لانه
غرهم سواء يضر به اهل البلد او لا كذا في شرح الطحاوي • وعن بيع الحاضر للبادي • وفي شرح الطحاوي •
صورته كما ذكر في المتن وقال فعلى هذا القول كان اللام التي للاختصاص بمعنى من اي من البادي •
وقال الامام الحلواني صورته ان يجيء القروي بالطعام الى المصر فلا يدعه السمسار الحاضر ان يبيع
نفسه بل يقول له لا تبع شيئا فانا اعلم فيتوكل هذا الحاضر من البادي ويبيعه ويغلي على الناس •
السعر فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخص وهذا مبني لقوله عليه السلام لا يبيع حاضر لباد دعوا
الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه جابر وفي المجتبى وهذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقهاء فقيه
الحديث وبه قال الشافعي • العوز الضيق يقال اعوزني اي اعوزني كذا في المغرب • عند اذان الجمعة
المعتبر الاذان بعد الزوال كذا في الكافي وقد مر في الصلوة على بعض الوجوه بان فعلا او وقفا
قائمين اما اذا كانا يمشيان ويتبايعان فلا باس به ذكره ابو اليسر في اصوله • **قوله** وكل ذلك
اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه باتفاق علمائنا ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن ويثبت
الملك قبل القبض وبه قال الشافعي ولكن يثبت للخيار في وجه في صورة تلقي الركبان اذا لبس
السعر عليهم • وقال مالك بيع الناجش باطل وبه قال احمد في رواية ضعيفة • وفي صورة
تلقي الركبان البيع باطل عند مالك • وبيع الحاضر للبادي باطل عند مالك ايضا وبه قال احمد
في بيع الحاضر للبادي لمطلق النهي وقالا في الثاني بالكراهة كقولنا • **وقلنا** اخر الحديث وهو
قوله عليه السلام دعوا الناس الحديث يدل على صحة البيع اذ لولا الصحة لما كان في فعله تفويت •

على الناس الرزق ولان النهي باعتبار الغير المجاور لا باعتبار شرطه وركنه فلا يكون مفسدًا واراد بقوله خارج الخارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله زائد لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة والاشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط فان الفساد لمعنى خارج مشكل الآن يؤول الخارج بالمجاور • **قوله** ونوع منه اي من البيع المكروه وانما فصل هذا عن ذاك لما ان الكراهة في الذي يذكر بعد لمعنى راجع الى المعقود عليه والكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع في غير المعقود عليه او لان التي يذكر بعد مسايل مختلفة يجمعها معنى واحد وهو التفريق بخلاف الاول لان فيها مسائل شتى ولهذا اصول مختلفة • ومن ملك ذكر لفظ ملك دون اشترى ليتناول وجوه الملك من قبول الهبة والوصية والشرا والارث فانه ذكر في المبسوط ولا ينبغي للرجل ان يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الصدقة ولا في الوصية اذا كان صغيرا وبه قال الشافعي ولا يمنع في الوصية عنده لاحتمال ان يكون الموت بعد انقضاء زمان التحريم • **قوله** فرق الله بينه وبين احبته وفي رواية فرق الله بينه وبين الجنة • روي ان زيد بن حارثة قدم بسبايا من الشام فخرج النبي عليه السلام يتفحص عنها فراى جارية والهة فسال عن شانها فقيل لولدها فقال عليه السلام ادرك ادرك لا تودي والدة بولدها كذا في المبسوط • ما فعل الغلامان اي ما حالهما او ما فعلت بهما اردد اي استرد وقد اوعد عليه اي على ترك المرحمة • قال عليه السلام من لم يوقر كبيرنا ولم يرحم صغيرنا فليس منا لا يدخل فيه اي في المنع من التفريق محرم غير قريب كالاخ والاخت من الرضاع وكامراة الاب • ولا قريب غير محرم كاولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات بخلاف القياس فان القياس ان يتصرف المالك في ملكه كيف شاء • **فان قيل** كيف يكون على خلاف القياس والمعنى وهو قطع المعاهدة بالتفريق موجود **قلنا** وجود المعنى لا يدل على انه لا يكون على خلاف القياس فان السلم شرع لحاجة المفاليس ومع ذلك شرع على خلاف القياس كذا قيل • **فان قيل** لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة وقد جاز في مواضع مع وجودها ما اذا صار احد المملوكين بحال لا يمكن للمولى ان يبيعه بان دبره ولا باس ببيع الذي بقي محل البيع ثمنا وان حصل التفريق • والثاني ما اذا جنى احدهما فلا باس ان يدفعه المولى الى ولي الجناية مع ان له منع البيع باختيار الفدا والثالث ما لو استهلك مال انسان بياع فيه مع ان للمولى ولاية المنع باداء قيمته • والرابع ما لو كانا مملوكين لحربي مستامن فانه يجوز للمسلم ان يشتري احدهما مع ان كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره بالشرا وههنا لا يكره والخامس انه لو كان ثلثة اخوة في يد رجل واحدهم صغير فللمالك ان يبيع احد الكبيرين استحسانا مع وجود التفريق • والسادس ما اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا فله ان يرده ويمسك الثاني في ظاهر الرواية • والسادس ما لو كاتب احدهما او اعتقه على مال او غيرها فيقع التفريق باعتبار الاخراج عن الملك • والثامن انه لو كان في يد رجل امة ولها ولد صغير مراهق فله ان يبيعه باختياره ورضا امه والمسايل من المبسوط والايضاح وشرح الطحاوي • **قلنا** اما الجواب عن الاول انا انما لم نجوز التفريق باعتبار ضرر المملوك فلو منعناه عن بيع الاخر لحق الضرر للمولى فيه فتعارض الضرران فنفي الضرر عن المولى اولى لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه وكذلك الجواب في الثاني والثالث وعن الرابع انا لم نجوز شرا المسلم منه ليذهب الحربي بهما الى دار الحرب وضرر نشاه في دار الحرب ثابت في الدنيا والاخرة اما في الدنيا فلعرضية الاسر والقتل اذ الظاهر من حال من نشا في صغره في دارهم كان على دينهم وفيه ذلك • واما ضرر الاخرة فظاهر • وعن الخامس بان المنع لحق الصغير وحقه مرعي اذا كان معه احد الكبيرين ليستانس به ويقوم بحوايجه مع ان فيه رواية عن ابي يوسف انه يكره ايضا • وعن السادس

بالجواب عن الثاني • وعن السابع ان الكتابة والاعتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه اذ المكاتب والمعتق صار احق بنفسه فيدور حيث ما دار اخوه وتبعا هذا مورده • وعن الثامن انه لما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز هذا كله مما اشارت اليه تلك الكتب التي عددتها في السؤال • **قوله** والاخر كبير لفظ الغير مطلقا يتناول كل من هو غير المالك سواء كان ابنا صغيرا له او كبيرا او عبدا في مؤنته او لا وسواء كان زوجته او مكاتبه كذا في شرح الطحاوي • وفي بعض النسخ والاخر لصغيره والاول اظهر لا باس به اي بالتفريق وبيعه بالدين بان كان ماذونا واحاط به دينه او وجب الدين على المالك ولا مال له يعني في الدفع بالجناية والبيع بالدين المقصود دفع الضرر عن الجناية وصاحب الدين لا الضرر بالصغير والنهي عن بيعه لدفع الضرر عنه لا لالحاق الضرر بغيره فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع من ايفاء الحق اضرار بصاحب الحق • وعن ابي حنيفة في فصل الجناية الفدا اولى كذا في الايضاح • وعن ابي يوسف في فصل العيب يردهما لعدم جواز التفريق بينهما كتفريق الصفقة على البايع قبل القبض كذا في الكفاية والفوايد الشاهية • **فان قيل** يحتمل ان يكون الاضرار قصديا وترك الضرر ضمنيا • **قلنا** زعما لا يتضرر الصغير بطريق الضمن ينبغي ان يجوز التفريق لاجل دفع الضرر عن المالك وان كان يلزم ضرر الصغير ضمنا • **قلنا** لو اعتبر هذا لا يكون قوله عليه السلام من فرق الحديث معمولا على انا نقول في عدم التفريق لاجل الداين وولي الجناية يلزم الضرر بالغير وفيما لو لم نفرق لا يلزم الضرر على الغير سوى المولى كذا في الفوايد الكاتبية • **قوله** وان فرق كره اي بالاجماع وجاز العقد عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي في قول ويجوز في غيرها اي غير قرابة الولاد وبه قال الشافعي في الاصح • وعنه اي عن ابي يوسف انه لا يجوز في الجميع وبه قال احمد لما روينا وهو قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد وانما يتمكن من الادراك والاسترداد عند فساد البيع • وفي رواية عنه فرق بين الولاد وغيرها لقوة قرابة الولاد وضعف غيرها وحمل قوله عليه السلام لعلي في هذه الرواية على طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما وهو تاويل الحديث عندهما والقياس لهما فان النهي عن بيع احدهما لمعنى في غير البيع وغير متصل بالبيع وهو الوحشة وليس ذلك من البيع في شيء والنهي متى كان لغير المنهي عنه لا يفسد البيع كالبيع وقت النداء كذا في المبسوط • وفي شرح الطحاوي هذا كله اذا كان المالك حرا او مكاتبا او ماذونا • اما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق • لان الكفار غير مخاطبين بالشرايع وفي الكفاية حكم الكراهة ثابت ما لم يبلغ وبه قال الشافعي لقوله عليه السلام لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية كذا في المبسوط وتمهم وفي اظهر قولي الشافعي وهو الذي نقله المزني يمتد الى زمان التمييز وهو سبع او ثمان بالتقريب • وقال مالك يمتد التحريم الى زمان سقوط الاسنان كذا في شرح الوجيز • وفي المبسوط قال بعض مشايخنا اذا راهق الصبي ورضي بالتفريق فلا باس به لانهما من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك • **قوله** وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق وقال الامام الشافعي يكره التفريق ولكن يصح البيع وقال احمد لا يصح ايضا لاطلاق الحديث وقد مر جوابه وقوله وسيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب • وفي كتاب الكفاية اجتمع في الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد • اختلف جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كالابن عند ابي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل • وفي الزيادات لو اتحدت الجهة يترك واحد ويفرق بينه وبين الباقي ان شاء عند ابي يوسف ولا يفرق بينه وبين الابعد • وان وجد الاقرب كالجد مع الاب • وفي رواية يجوز تفريق الابعد • وذكر محمد في الزيادات وفي الزيادات لو اجتمع معه ابواه لم يفرق بينه وبين واحد منهما لانه لا يستغني باحدهما عن الاخر الفة ويفرق بينه وبين سواهما ولا تكره كتابة

احدهما وعتقه وبه قال الشافعي ولو دبر احدهما او استولد جاز بيع الآخر لان المدبر وام الولد كالخارج عن ملكه من وجه ولو باع احدهما نسمة ممن يعتقه كره عند ابي حنيفة لانه ربما لا يفي خلافا لمحمد كذا في المجتبى • **قوله** يتعلق بالبيع الفاسد • **قيل** بيع المرهون والمستاجر فاسد وعند عامة المشايخ موقوف وهو الصحيح • ولو وصل الرهن الى الراهن بالفكاك والمستاجر الى المؤجر بالفسخ وغيره تم البيع وان لم يجيزا • ولو طلب المشتري من الحاكم التسليم يفسخ العقد بينهما وللمشتري الخيار اذا لم يعلم وقت الشراء الرهن والاجارة وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ليس له حق نقض الشراء • **قيل** ظاهر الرواية قول محمد • **وقيل** قول ابي يوسف • ولو اشترى ارضا وهما اكار فعلى الوجهين والقولين وليس للمستاجر حق فسخ البيع بلا خلاف • وفي المنتقى اختلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ • وبيع المغصوب منه بينة عادلة تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع • **وقيل** لا لانه اخلف بدلا والاول اصح • وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى • وعن ابي حنيفة روايتان ولو باع في عقد مزارعة فالمزارع اولى في مدته من ايهما كان البذر فان اجاز المزارع فلا اجر لعمله وفي النوادر فلو اجاز المزارع فكذا النصيب للمشتري وكذا في الكرم وان كان في الارض زرع فاز رعا في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه اخذ مرغيناني كذا في المجتبى والله اعلم بالصواب •

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتق من القول والهمزة للسلب كاشكى يعني ازال القول السابق وهذا سهو لان الامام الزنزنوجي قال الاقالة في باب البيع ليس من القول لانهم قالوا اقلته البيع بالكسر واقلته بدل قلته على ان العين يا. ولانه ذكر في الصحاح في القاف مع اليا واقلته البيع اقالة وهو فسخه • ثم المناسبة الخاصة لها بالبيع الفاسد والمكروه ان البيع الفاسد والمكروه شيء وجب رفعه صونا للمتعاقدين عن مخالطة المحذور ولم يكن ذلك الا بالاقالة ولا خلاف للائمة الاربعة في جواز الاقالة لظاهر الحديث ولكن اختلفوا انها فسخ او بيع فقال ابو يوسف والشافعي في القديم ومالك بيع في حق الكل الا اذا تعذر البيع فجعلها ابو يوسف فسخا وعندهما يبطل وقال الشافعي في الجديد فسخ في حق الكل الا اذا تعذر البيع وهو قول محمد وزفر حتى لا تتعلق به الشفعة الا اذا تعذر الفسخ • فان محمدا جعله بيعا وعند زفر والشافعي يبطل وفي شرح الوجيز وعلى قول هي بيع جديد تجدد بها الشفعة وفي اقالة الصرف يجب القبض في المجلس ويجوز قبل القبض وبعد التلف وجهان احدهما المنع كالرد بالعيب واصحهما الجواز كالفسخ بالتحالف • **قوله** فان شرطا اقل منه اي من الثمن الاول او اكثر منه فالشرط باطل ولا يسقط رد الثمن من البائع • وعند الشافعي الاقالة فاسدة • والثمن على المشتري على حاله فسخ في حق المتعاقدين معناه انه رد الثمن على البائع وما ظفا بخلافه باطل ولا يبطل المشتري الاقالة بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا لافسدها وعند ابي يوسف في الموضع الذي يجعلها بيعا جديدا يبطلها بالشروط الفاسدة • وعند الشافعي على قول يجعلها فسخا لا بيعا جديدا • ولو باعه البائع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانها بيع في حق غيرهما ولو كان المبيع منقولا لا يجوز بيعه من غير المشتري وفائدة كونها بيعا في حق غيرهما انه لو وجد البائع عيبا بعد التقايل بعد قبض المبيع كان عند بايعه فليس له ان يخاصم بايعه في الرد لانها بيع جديد في حق الثالث ولو كان البيع صرفا يشترط التقابض لصحة الاقالة فجعلت في حق الشرع بيعا جديدا • ولو كان المبيع هبة في يد البائع فتقايلا ليس للواهب ان يرجع فيها لانه صار كانه اشتراه في حق الواهب فامتنع الرجوع الكل من شرح الطحاوي • ثم اعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما

مستقبل

مستقبل كما قال اقلني فيقول اقلتك عندهما وعند محمد يشترط المضي فيهما لان الاقالة كالبيع فيشترط فيها ما يشترط فيه • ولهما ان المساومة لا تجري في الاقالة فحملت اللفظ على التحقيق • وفي شرح الوجيز الاقالة ان يقولا تقايلنا او تفاسخنا او يقول احدهما اقلتك والآخر قبلت وما اشبه ذلك الا انه لا يمكن جعله بيعا بان تقايلا في المنقول قبل القبض او في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما الا انه لا يمكن جعله فسخا بان ولدت المبيعة وما اشبهه فتبطل الاقالة لتعذر جعله فسخا اذ الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ حقا للشرع وهو لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ • وعندهما يصح بيعا اذا ولدت بخلاف ما اذا كانت الزيادة متصلة فانها لا تمنع الفسخ عنده فامكن جعلها فسخا • **فان قيل** ينبغي ان يجعلها بيعا في هذه الصورة ايضا صونا لكلامهما عن الالغاء كما جعلها في حق الثالث **قلنا** ليس البيع من محتملات الاقالة للتضاد بين اللفظين وضعا فلا يمكن جعله مجازا عنه وفيه نوع تامل • الا انه لا يمكن ان يجعله فسخا وبيعا بان باع العرض بالدراهم وتقايلا بعد هلاك العرض او تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا ثمنا آخر فتبطل اي الاقالة وبقي العقد الاول الا اذا تعذر جعله • اي جعل الاقالة فسخا بان تقايلا بلا بدا القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة وتقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الاول لما مر • وفي الذخيرة الخلاف بينهم فيما حصل الفسخ بنفس الاقالة اما اذا حصل بلفظ المفاسخة والمتاركة والرد فانها لا تجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا وفي شرح الوجيز ذهب بعض الاصحاب الى ان القولين في لفظ الاقالة • اما اذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة ان اللفظ للفسخ والرفع لانها في اللغة اسقاط ورفع ولهذا يقال في الدعاء اللهم اقلني عثرتي اي اسقطها وارفعها • ولكن العاقدان قصدا بالاقالة فسخ البيع ولهما ولاية على انفسهما فيجعل فسخا اعمالا للحقيقة الا ان تعذر الحقيقة بيعا لانها تحمل البيع لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فيها بالتراضي ولهذا كانت بيعا في حق الثالث فيوفر عليه اي على اللفظ قضيته للفظ اي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي انه اي عقد الاقالة وهذا اي المذكور وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي • حد البيع فكانت بيعا وان بلفظ بلفظ الاقالة وهذا اي المذكور لان العبرة للمعاني لا للالفاظ ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط براءته كفالة • **فان قيل** ينتقض قوله بالمبيع المشترى (?) بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع اصلا مع ان لفظ الاقالة يحتمل البيع • **قلنا** روي عن بعض المشايخ انه ينعقد بلفظ الاقالة فيمنع ولئن سلمنا فالفرق ان قولك اقلتك العقد في هذا العقد ولم يكن بينهما عقد بيع اصلا فيتعذر تصحيحه لان الاقالة لما اضيفت الى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها فلا يصح الاستعارة وليس كذلك فيما نحن بصدده لانها اضيفت الى ما له وجود اعني العقد السابق فلا تبطل في مخرجها فتصح الاستعارة اليه اشير في الفوائد الظهيرية • والحاصل ان لفظ الاقالة في البيع مجاز وتصور الحقيقة شرط لارادة المجاز عند ابي يوسف لانه اي لفظ الاقالة ضد لفظ البيع لان الاقالة للفسخ لغة والبيع للاثبات فكانت بينهما منافاة فلا يصح الاستعارة لان شرط صحتها ان يكون بين المستعار والمستعار عنه اشتراك في معنى واحد وفيما نحن فيه تعذر بالقول فتبطل الاقالة ضرورة كما لو حصل الفسخ بلفظ المفاسخة والمتاركة كذا قيل ولقائل ان يقول يمنع عدم المشترك في المعنى بجواز ان يكون رفعا باعتبار شيء آخر ويشكل ايضا باستعارة الحبشي بابي البيضا وباطلاق لفظ السيئة على الحسنة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها لان جزاء السيئة لا يكون سيئة بل حسنة وبين الحسنة والسيئة تناف وهذا البحث مذكور في شرح اصول فخر الاسلام المسمى ببيان الوصول في شرح الاصول • وقوله وكونه بيعا في حق الثالث

الى اخره جواب سوال يرد على قول ابي حنيفة وبيانه ان الاقالة لو لم تكن محتملة للبيع ينبغي ان لا يكون بيعا
في حق الثالث فقال ثبوته بيعا بطريق الضرورة والحكم لا باعتبار اللفظ فان حكم البيع ثبوت الملك بيد
فاعتبرنا بثبوت موجب الصيغة في حق المتعاقدين لا في حق غيرهما • وحاصله ان حكم البيع يثبت في حق
الثالث ضرورة دفع الضرر عنه اذ الضرر يلحق الشفيع عند ثبوت الملك للاجنبي لا برضاه والاقالة
مثبتة لذلك لان لفظ الاقالة يثبت البيع لما ان حقيقتها وهو الفسخ قائم فيما لا يعدو بها العدم ولا بينهما
على الغير واما الجواب عما استدل به ابو يوسف من احكام الاقالة على انه بيع ان الشارع بدل الاحكام
كدم الاستحاضة حتى اخرجه عن حكم الحدث ولا يغير الحقايق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع والرد بالعيب
وثبوت حق الشفعة من الاحكام لجاز ان يعترضنا للاقالة • اما لا تخرج الاقالة عن الفسخية
التي هي حقيقتها كذا في الفوائد الظهيرية والكافي • **قوله** لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط
يشبه الربوا اذ فيه نفع لاحد المتعاقدين بلا عوض والاقالة يشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط
الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة الربوا فلا يعتبر فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر شبهة الشبهة في صحة
البيع او لان الشرط الفاسد يصير ربوا في البيع لكونه زائدا على الثمن فيكون ربا في البيع اما الاقالة
رفع ما كان ورفع ما كان زائدا على ما كان لا يتصور فلذلك لم يؤثر الشرط الفاسد فيها لان رفع ما لم
يكن محال اليه اشير في الفوائد وفي الايضاح وهذا قول ابي حنيفة ومحمد اما عند ابي يوسف تبطل الاقالة
لما بينا وهو الفسخ رفع العقد على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ونقصان في الفسخ في النقصان
رفع عدم ما كان ثابتا ورفع عدم الثابت محال لان عدمه لم يكن ورفع ما لم يكن محال لان الحط يلحق
بالزيادة ما فات قيل هذا اذا كان النقصان مثل الحط اما اذا كان الحط اكثر من النقصان لا يجوز الحط
لانه لا يكون فسخا لما بينا انه عود الى الحالة الاولى كذا في جامع الاسبيجابي والفوائد الكافية كذا في
شرط اي جعل بيعا لانه اي البيع هو الاصل عند ابي يوسف وعند محمد هو فسخ اي الفسخ بشرط الاقل فسخ بالثمن
الاول بان اقال وسكت عن الثمن صحت الاقالة فكذا اذا سكت عن بعضه بخلاف ما اذا زاد حيث يجعل
بيعا عند محمد لانه اذا زاد قصد البيع وتمكن جعلها بيعا فيجعل بيعا صونا عن الغاء الزيادة • وكذا اذا تقايلا
بثمن مؤجل تكون الاقالة بالثمن الحال ويبطل التاجيل لانه سكوت عن وصف الثمن وهو كونه حالا دخله عيب
فهو فسخ بالاقل اي بالاتفاق لما بينا وهو عند ابي يوسف البيع هو الاصل فاذا تقايلا بغير جنس الثمن يكون بيعا
نظرا الى الاصل • وعند محمد لتعذر جعله فسخا لوقوعه بغير جنس الثمن الاول فيجعل بيعا • والاقالة باطلة عنده
في الذخيرة هذا اذا ولدت بعد القبض فاما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده حاصله ان الجارية
اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال
او منفصلة كالولد والعقر لان الزيادة قبله لا تمنع الفسخ • اما لو كانت الزيادة بعد القبض فان كانت
منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ والزيادة المنفصلة
مانعة للفسخ حقا للشرع كما في الرد بالعيب • اما لو كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان المتصلة
لا تمنع الفسخ عنده متى وجد برضا من له الحق في الزيادة يبطلان حقه فيها وقد وجد الرضا لما تقايلا
فامكن تصحيحها فسخا عنده • **قوله** لتعذر البيع وذلك ان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالاجماع وبيع
العقار قبل القبض يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف كما مر وهلاك المبيع يمنع منها اي من الاقالة وبه قال
الشافعي في قول انها بيع • وفي قول هو فسخ في وجه ايضا وفي وجه الاصح لا يمنع في قوليه فسخ وقد مر
وهو اي البيع قائم بالمبيع لانه مال حقيقة وحكما فيكون محلا لاضافة العقد اما الثمن فمن حقيقة
وحكما وان كان مشارا اليه عندنا • واذا كان كذلك يثبت له حكم الوجود بالعقد وما يكون وجوده

بالعقد

بالعقد كان حكما للعقد وما يكون حكما للعقد • لا يكون محله اذ محل العقد شرطه وشرط الشيء يسبقه
وحكمه يعقبه وبينهما تناف ولهذا لو تملك المبيع يبطل البيع بخلاف ما لو تملك الثمن ولهذا يصح الابراء
عن الثمن من غير قبول وهبة العين لا تصح بدون قبول ولا تتادى زكوة العين بالدين لانه يصير
مؤديا الكامل بالناقص ولهذا لا يدخل الدين تحت مطلق اسم المال فيمن حلف ماله صدقة في الفقراء
وله ديون لا تدخل من غير نية كذا في الذخيرة • **فان قيل** يشكل بما اذا كان راس مال
المسلم عرضا معينا كالعبد والثوب فهلك في يد المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم فالاقالة جائزة
مع ان راس مال السلم عرض معين والمسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه ولا يعني بالبيع سوى انه معين
لا يجوز الاستبدال به وبالثمن انه غير معين في الذمة فعلم بهذا ان الاقالة بعد هلاك راس المال
الذي هو معين لان المسلم بمنزلة بيع المقايضة اذ المسلم فيه مبيع معقود عليه لجازت الاقالة بعد هلاك
ما يقابله واذا ثبتت الاقالة وجب رد راس المال لتعذر رد العين لقيام البيع فيه اي في الباقي
ولم يجر في الهالك اعتبارا للبعض بالكل • وعند الشافعي في قول يجوز في الهالك ايضا ويرد مثله
او قيمته • وان تقايضا اي عقدا بيع المقايضة وهو بيع عرض بعرض ولا تبطل اي الاقالة بهلاك
احدهما يعني لو هلك احدهما بعد الاقالة لا تبطل الاقالة • اما لو كان احدهما هالكا وقت الاقالة
والاخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة كذا في شرح الطحاوي • وانما
قيد في الكتاب بقوله بعد هلاك احدهما احترازا عن هلاكهما جميعا فان الاقالة لا تجوز هناك لان البيع
لم يبق بهلاكهما والاقالة تقتضي بقاء البيع • **فان قيل** ما الفرق بين التقابض والتصارف فان هلاك
البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي التقابض مانع مع ان في كليهما لكل واحد من البدلين حكم
المبيع اذ ليس احدهما اولى من الاخر في جعله مبيعا او ثمنا • **قلنا** الفرق ان في التصارف لا يلزمه
رد المقبوض بعد الاقالة وله الخيار ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا لصحة
الاقالة وان كان في العوضين جميعا لان الاقالة لا تتعلق باعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كقيامهما
بخلاف المقايضة لانهما متى كانا قائمين تتعلق الاقالة باعيانهما وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود
عليه وشرط قيامه في البيع والاقالة كذا في المبسوط وفي المجتبى في المحيط اقالة الوكيل في السلم يجوز
عند ابي حنيفة ومحمد كالابراء وبه قال الشافعي في قول الفسخ ولا يجوز في قول البيع وكذا اقالة
الوكيل بالبيع عندهما واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز • وفي جمع التفاريق
اقالة الوارث جائزة وبه قال الشافعي وروي نصا بيع • واطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وفي
الايضاح ويتوقف الاقالة على القبول في مجلس الاقالة لانها وان كانت ضد البيع في الحكم لكنها
في ارتباط احدى لفظيها بالاخرى نظيره فيعتبر لها المجلس كالبيع •

باب المرابحة والتولية

لما ذكر انواع البيوع التي ترجع الى جانب المبيع شرع في بيان انواع البيوع التي ترجع
احكامها الى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربوا والصرف والبيع بالنسبة الى ذكر الثمن اربعة انواع
المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق فيبيع باي ثمن شاء • والمرابحة والتولية والوضيعة
وهي البيع باقل من الثمن الاول ولم يذكرها في هذا الكتاب لان ذلك لا يقع الا نادرا لان الغرض من
المبايعات الاسترباح • وقال في المجتبى خمسة وعد الاربعة وزاد بيع المشاركة وهي التولية ببعض
المبيع مشاعا ولكن التولية المذكورة في الكتاب يشمله لانها اعم من ان يكون في الكل او البعض • التولية هي
ان جعله واليا فالبايع يجعل المشتري واليا لما اشتراه بما اشتراه • **قوله** والمرابحة نقل ما ملكه الى اخره
فان قيل يشكل هذا التعريف بمسئلة ذكرها في فتاوى قاضي خان وهي انه اذا اشترى بالدراهم الدنانير

لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة مع صدق التعريف ومسئلة الغصب وهي ان العبد المغصوب اذا
ابق من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي
ادّاها مع انه لم يملكه بالعقد وهي ايضا في فتاوى قاضيخان وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه
والتعريف لا يصدق لان ما قام عليه زائد من الثمن الاول • ومسئلة ما اذا باع مرابحة على القيمة على ما ملكه
بغير ثمنه او بارث او وصية حيث جاز ذكره في المبسوط • **قلنا** الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود •
والفسوخ فلما لم يتعين لا يصلح ان يكون مبيعة لان المبيع هو المتعين ولما لم تثبت الدراهم والدراهم مبيعة
لا يثبت فيها عقد المرابحة التي هي مبيّنة في المبيع فكان العموم في قوله بقل ما ملكه متصرفا الى ما هو
المعلوم عندهم وهو نقل ما ملكه اي الذي هو صالح للمبيعة والجواب عن الثاني ان الغصب هو احد
وجهي المعاوضة الا ترى ان اقرار المأذون بالمغصوب جائز لما ان الاقرار بالغصب • اقرار بالمعاوضة
واقراره بعقد المعاوضة جائز • واما المسئلة الثانية فجوابها ما يجي في هذا الباب • وعن الرابع
فان الاصل في المرابحة الاحتراز عن الكذب وهو موجود فيجوز بيعه لذلك لانه ما اخبر المشتري عن
هو كذب وانما قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق في ذلك فلو صار المشتري مغبونا فيه بذلك
كان من قبل جهله كذا في المبسوط • غبي على الشيء اذا لم يعرفه وفلان غبي عليه بعيل اذا كان قليل الفطنة
وهو من الواو كما في سعي ومن غبيت عن الشيء عنه وغبيته غباوة اذا لم يفطن له والاحتراز عن الجناية
لما روي ابن عمر انه عليه السلام قال اذا حدث احدكم فلا يكذب • واذا وعد فلا يخلف واذا ائتمن فلا
يخن غضوا ابصاركم واحفظوا فروجكم كذا في بعض الفوائد **قوله** ولا يصح المرابحة حتى يكون الثمن الى اخره
شرط صحة المرابحة والتولية فيكون الثمن مثليا او مملوكا للمشتري والربح مثلي معلوم وقال الشافعي يجوز
المرابحة فيما اذا اشترى بعرض من العروض فانه ذكر انه قام علي بكذا واخبر بقدر قيمة العرض جاز
وان ذكر بعبارة الشراء او عبارة راس المال لا يجوز الا ان يقول اشتريته بعرض قيمته كذا او راس مالي فيه
عرض قيمته كذا • **وقلنا** لا يجوز لان الثمن الاول لو كان من ذوات القيم فلو اشتراه مرابحة لاشتراه
بقيمته اذ لا يمكنه رد عينه لانه ليس في ملكه ولا رد مثله لانه لا مثل له فتعين القيمة وهي مجهوله لانها
تعرف بالحزر والظن فيتمكن شبهة الخيانة فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة اذ مبنى المرابحة على
الامانة • ولهذا لو اشترى عبدين او ثوبين بثمن مؤجل فباع احدهما مرابحة بحصته من الثمن او بغير بيان
الاجل لا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز ان يقسط الثمن على القيمة واخبر بما يخصه • **وقلنا** ان حصة
احدهما لا يعرف الا بالحزر والظن ويجري فيه الغلط والاجل يزداد في الثمن معنى عادة فكان فيه شبهة الخيانة
اليه اشار الامام قاضيخان • **فان قيل** يشكل على هذا مواضع لم يحترز عن شبهة الخيانة منها لو اشترى
جارية ثم اعورت في يده فله ان يبيعها مرابحة على جميع الثمن من غير بيان • ومنها ما اذا اشترى ثوبا فاصابه
قرض فار او حرق نار فيبيعه مرابحة من غير بيان يجوز ولا شك ان المشتري اشتراه عن عيب بما سمي من البدل
ولم يلتزم له ربحا على ذلك • ومنها اذا وهب الثوب المشتري بعشرة لانسان ثم رجع في الهبة له بيعه
مرابحة من غير بيان مع ان اختلاف الاسباب نزل منزلة اختلاف الاعيان فينبغي ان لا يجوز وان جاز ينبغي
ان يشترط البيان • **قلنا** اما المسئلتان المتقدمتان فقد ذكر جوابهما في الكتاب • واما الثالثة فان
العين بالرجوع تعود الى قديم ملكه سواء كان بقضاء او بغير قضاء وصار كان السبب لم يوجد وهذا لان
تغير الوصف في العين انما يشترط بيانه اذا كان في ستره شبهة الخيانة وهنا ليس كذلك فان الخيانة
انما يكون لو كان لها تاثير في نقصان الثمن وليس للرجوع تاثير في نقصانه فلا يكون فيه خيانة ولا شبهتها •
ولو ملكه اي المشتري الثاني • وقوله فمن ملك ذلك الثمن متعلق بالمشتري • وقوله مرابحة نصب على التمييز •

وكشف

وكشف هذا الكلام هو انه اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم فاراد ان يبيع ما ملكه به مرابحة فالحال
لا يخلو اما ان يبيعه مرابحة من المشتري الذي لا يملك البدل او يبيعه منه فان كان الاول فالبيع فاسد لما ذكرنا
وان كان الثاني فهو على وجهين • اما ان قال ابيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك وربح درهم او بكيل
موصوف جاز لانه جعل الربح على الثوب درهما مثلا وهو معلوم • وان قال ابيعك بربح ده يازده لا يجوز لان
لان تسمية ربح ده يازده او احد عشر يقتضي ان يكون الربح من جنس راس المال لانه لا يكون احد عشر الا ان
يكون الحادي عشر من جنس العشرة فحينئذ صار كانه باع بالثمن الاول وبجزء من جنس الاول الثوب لا مثل له •
من جنسه فيكون العقد منعقدا براس المال وببعض قيمته وهذا لا يجوز كذا في الايضاح حتى لو قال ابيعك
بربح ده يازده او درهم لكل عشرة او في كل عشرة يجوز وكان الربح من جنس الثمن الاول • وبه قال الشافعي وفي
قوله ده يازده او بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن عشرين كان الربح بزيادة درهمين •
وان كان ثلثين فثلاثة وعلى هذا **قيل** صورة المسئلة ما باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب بنوع
بسبب من الاسباب • وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب • وربح درهما
او بشيء من الكيل موصوف جاز وكان البائع الذي يبيع مرابحة هو الذي اشترى بثوب اما لو باع هذا العبد •
بربح ده يازده لا يجوز لما ذكرنا • ثم اعلم ان من باع المتاع مرابحة كان الثمن الاول هو الذي ملك المبيع به
دون ما نقده حتى لو اشترى ثوبا بعشرة فاعطى بها دينارا او ثوبا كان راس المال العشرة لا الدينار او
الثوب وملك الدينار بعقد آخر فلم يعتبر كذا في الايضاح • وفي الايضاح والكفاية ان كان مثليا
جاز عقد المرابحة سواء كان الربح من جنس راس المال او غيره لانه تمليك مستدام في حق الربح كيف
ما كان وهو قول الشافعي اشترى ثوبا بعشرة فاعطاه عنها دينارا او ثوبا ثم باعه براس المال لزمه
عشرة مثل ما نقد لانه ملكه بها وبه قال الشافعي • ولو قال ابيعك بربح درهم لزمه عشرة مثل ما
نقد • وان خالف نقد البلد ولزمه النقد من ربح البلد اذا اطلق لان راس المال يجب فيه رد المثل فلا يتغير
وفي الربح يعتبر الاطلاق والتقييد حتى لو قال ابيعك بربح ده يازده كان الربح من جنس الثمن لانه جعله
جزءا من الثمن وكان على صفته وهكذا قول الشافعي وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور • وقال بلخ قام علي
بكذا وباعه بربح مائة درهم او بربح ده يازده او دوازده فالربح وراس المال على نقد بلخ وهو قول
الشافعي الا ان يصدقه المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينه • واذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ
في الوزن والجودة ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور • وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد
نيسابور ولم يعلم بانه اوزن واجود فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك • **قوله** بخلاف اجر الراعي لانه
اي اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لا يزيد في العين وهو ظاهر ولا في المعنى وهو القيمة والمالية وفي الايضاح
هذا المعنى ظاهر لكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها وقوله
وبخلاف عطف على قوله بخلاف اجر الراعي لمعنى فيه اي في المتعلم لا لما انفق على المعلم فلم يكن ما انفق موجب
الزيادة في المالية • حذاقته اي ذكاء ذهنه في المبسوط انفق على عبده في تعلم عمل دراهم لا يلحقها براس
المال لانه لا عرف فيه وكذلك في تعلم الشعر والغناء والعربية وتعلم القران والحساب حتى لو كان في شيء من
من ذلك عرف ظاهر يلحقه براس المال وكذلك لا يلحق اجر الطبيب والرائض والبيطار والراعي
وجعل الابق والحجام والختان لعدم العرف • واما اجر السائق من بلد الى بلد يلحق للعرف الظاهر ولان
هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة • وكذا اجرة السمسار للعرف الظاهر • وفي جامع البرامكة انه يلحق
اجر السمسار لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة • وفي ظاهر الرواية يلحق للعرف واجر الراعي
ليس نظير اجر السائق لان الراعي لا يستحق الاجر بالنقل ولا يعمل الراعي الا الحفظ الغنم فيكون كاجر بيت الحفظ •

وكذا جعل الآبق بشرط ان يجعل اجر السابق لان الاباق نادر وفي الالحاق المعتبر العرف الظاهر ولذا
لا يوجد في النادر • وفي المحيط وما عمل بنفسه من الاعمال التي تلحق لا يلحق به وكذا ما انفق هو بنفسه
وما يوجد في الطريق من النباح واجرة الطبيب والرابط والبيطار وجعل الآبق واجرة الحمام واجرة
السمسار مطلقا • وقيل ان كانت مشروطة فان كانت مرسومة قال اكثر المشايخ لا يضم • وقيل
يضم واجرة الدلال لا تضم وكذا النباح الذي يوجد في الطريق الا اذا جرت عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال
والبراقع في الدواب والثياب في الرقيق واجرة الراعي على الخلاف ولا كل ما جاوز القوت من الطعام
والادام ولا اجرة سايق الرقيق وحافظ الطعام والمتاع واجرة تعليم القران والكتابة والخط والشعر
عند ابي يوسف خلافا لمحمد • ولا اجرة الكيال في الطعام ونحوها ولا يلحق طعام الرقيق وكسوتهم واجرة
سايق الغنم وثمن علف الدواب واجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ونفقة
الدواب وكسح الكروم وسقي الزروع والكروم ما بقيت فاذا ذهبت لم يحتسب منه شيء • واجرة لقاط الثمر
والتلايح والملاح ونحوها • فان انفق على الغنم واصاب من اصوافها والبانها يضم ما فضل من قيمتها من
الصوف واللبن وكذا الدجاجة اذا باضت واصله ان يحسب منه زيادة المبيع ويرجع بفضل النفقة
وفي شرح وجيز يدخل في لفظ قام على المؤنات التي تلزم الاسترباح كاجرة الكيال والوزان والدلال
والحمال والحارس والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ واجرة الختان وتطيين الدار وساير المؤنات
التي تلتزم للاسترباح والحق بها كراية الحفظ لانتظار الاسعار • واما المؤنات التي يقصد بها استيفاء
الملك دون الاسترباح كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة فلا يدخل فيقع ذلك في مقابلة المنافع
والفوايد المستوفاة من المبيع • وحكي في التتمة وجها انها تدخل ايضا والمشهور بالاول نعم العلف الزايد
الزايد على المعتاد للتسمين يدخل • ولو اشتراه مريضا تدخل اجرة الطبيب لازدياد قيمته بزوال المرض
ولو حدث المرض في يده فهو كالنفقة • ولو قصر الثوب او كال او حمل او طين بنفسه لم تدخل الاجرة وكذا
لو تطوع متطوع بهذه الاعمال او باعارة البيت وفي تتمتهم يدخل المكس الذي ياخذه السلطان •
قوله وان اطلع المشتري على خيانة في التحفة ظهور الخيانة اما باقرار البائع او بالبينة وكذا في
تتمتهم وكذا في المبسوط في تقرير مسئلة اخرى وبنكوله عن اليمين وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في
المرابحة والتولية وبه قال الشافعي في قول وحكى ابو يوسف والمروزي قولا اخر ان البيع لا يصح
وقيل هو مذهب لمالك لان شرط المرابحة تقتضي اعتبار عن الاول وهو مجهول حالة العقد وقلنا
لا خلل في العاقدين ولا في العوضين وانما وجد نوع تلبيس فيوجب خيارا او استرجاع جزء من الثمن وذلك
لا يمنع صحة العقد كذا في تتمتهم • وقال ابو حنيفة في المرابحة يخير وفي التولية يحط ان الاعتبار للتسمية
اي للتسمية الثانية لتعلق العقد بالحل لان الثمن يجب ان يكون معلوما والعلم به يحصل بالتسمية فينعقد
العقد بجميع ذلك المسمى لطرو عن اختيار صحيح كما لو باعه مساومة وذلك لان الثمن الاول غير معلوم وهذا
الثمن معلوم اولى من القول بوقوعه بثمن معلوم وكان القول بوقوع البيع بثمن معلوم اولى من القول بوقوعه
بثمن معلوم • وذكر التولية والمرابحة للترويج والترغيب فيجري مجرى الوصف فاذا ظهرت الخيانة
فقد فات الوصف المرغوب في الثمن فيخير كما لو وجد المبيع معيبا كذا في الكافي وفي الايضاح ان الاصل فيه
اي في لفظ المرابحة والتولية • التولية والمرابحة فلا بد من بناء العقد على الثمن الاول فكان ذكر الثمن
جاريا مجرى التسليم وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط
ضرورة غرابة يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال • وفي المرابحة منه اي من راس المال ومن
الربح حتى لو باع ثوبا بعشرة على ربح خمسة فظهر ان الثمن كان ثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان •

من الاصل وما يقابله من الربح وهو درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما لان يهذا ربح على الكل وقد ظهرت
خيانته في الكل فيظهر الاثر في الربح جميعا ولابي حنيفة في الفرق بينهما انه لو لم يحط في التولية لا يبقى
تولية لان عقد التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقريره بالاول فلا يثبت فيه ما لم يكن
ثابتا في العقد الاول اما المرابحة فمبنية على العقد الاول من وجه لا من كل وجه الا ترى انهما سميا
فيها ما لم يكن في العقد الاول فلا يجب تقديره بالثمن الاول بل هو عقد مبتدا باشراه باختيارهما فينعقد
بالثمن المسمى ولهذا الاحتياج الى التولية ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من تسمية الثمن الاول فينعقد بما سمياه
ولانه لو لم يحط في المرابحة تبقى مرابحة لان الربح فيه اكثر مما ظنه المشتري فلم يتعذر التصرف واذا امكن تقرير
المرابحة مع اعتبار التسمية اعتبرناها واثبتنا الخيار لفوات الرضا كذا في الكافي • **قوله** فلو هلك
قبل ان يرده قال الامام التمرتاشي من قال بالحط لو هلك المبيع او استهلكه او انتقص فله الحط وبه
قال الشافعي قولا واحدا وانما القولان له فيما اذا كانت السلعة قايمة ومن قال بالفسخ اذا امتنع
لزمه جميع الثمن وفي الكافي لو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة
لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار لا يقابله
شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب
حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثم المطالبة بتسليم الجزء
الفايت فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه • وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما روي عن محمد
في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على
اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة
ويسترد الثمن كذا ههنا • **قوله** طرح ويجوز ان يكون بفتح الطاء والراء اي طرح البائع الاول هو المشتري
الثاني عنه اي عن ثمن ما اشترى كل ربح قبل ذلك اي قبل الربح الذي حصل في الربح الثاني وصورته مذكور في
المتن ويقول قول حنيفة قال احمد • وقالا اي ابو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي ومالك يبيعه مرابحة
على الثمن الاخير في الفصلين عقد تجدد في المبسوط انه شراء مستقبل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح او وضيعة
الا ترى انه لو كان اصله هبة او صدقة او ميراثا او وصية ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير ولا يعتبر لما كان قبله فكذا هذا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم
بثبوت سببه فاذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك اذا اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف •
العين على ما عرف ولو كان المشتري في المرة الثانية عين اخر فباعه مرابحة على ما اشتراه يجوز فكذا في
هذا وقياسا بما لو استفاد في المرة الاولى زيادة من العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشراء الثاني
منقطع الاحكام ولهذا لو كان الاول بالخيار يكون الثاني باتا وكذا على استفاد ربحا قبل الشراء الثاني
العكس يحلل ثالث صورته باعه بعشرين ثم باعه المشتري الى ثالث ثم اشتراه البائع الاول •
بعشرة يجوز المرابحة بعشرة ولابي حنيفة شبهة حصول الربح بالعقد يعني ان الربح الذي استفاد بالعقد
على شرف السقوط بان يرده بعيب فاذا اشتراه من المشتري يتاكد لانه اي ملك الربح الذي كان على
شرف السقوط يتاكد به اي بالعقد الثاني للتاكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود
الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتاكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال
انه يسقط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد فاذا اعتبرنا التاكيد يصير البايع في مسئلتنا مشتريا
بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بالعشرة فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بالخمسة
فيبيعه مرابحة على خمسة • فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان لا يكون يجوز الشراء بالعشرة فيما اذا

بالعشرين لانه على هذا التقدير يصير في شراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة وكان فيه شبهة
الربوا وهي حصول الثوب بلا عوض • **قلنا** للتاكيد شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الجناية
على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فتوثر التاكيد في المرابحة
اما جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا حق الشرع فلا يكون للتاكيد شبهة الايجاب كذا نقل عن العلامة
مولانا حميد الدين رحمه الله • وفي الكافي الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن الثاني حقيقة وانما تثبت
له شبهة المقابلة من حيث ان للتاكيد شبها بالايجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المرابحة ولا يكفي لافساد
العقد لان العقد في بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا رضي المشتري به بعد
البيع يجوز ولو كان مكان المرابحة مساومة والمسالة بحالها يجوز ولا يلزم على هذا ما لو وهب له ثوب
فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه ممنوع في رواية عن ابي حنيفة ولو
سلمنا بقول الثاني ان كان يتاكد انقطاع حق الواهب من الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه
الوكادة في عقد يجري فيه الربا وانه ايضا ليس معنى يزداد فيه الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف
او دابة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الوصيف
ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وبخلاف ما لو تخلل بينهما ثالث
لتاكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن عن البطلان به فلم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني
تاكد الربح وههنا بخلافه كذا في بعض الفوائد • وفي المبسوط ان مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها
على بعض فيما يوجب زيادة في الثمن فلان نضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب النقصان من الثمن
اولى فان هذا الى الاحتياط اقرب • ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسهما • فاما عند الاختلاف
فلا الا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئا براس المال فكذلك اذا كان العقد
الاول هبة او صدقة او وصية • **قلنا** لا نضم احدهما بالآخر لان احدهما تبرع والآخر تجارة
فاما اذا اتحد جنس العقود يضم بعضها الى بعض فينظر الى حاصل ما غرم فيطرح من ذلك بقدره •
ما رجع اليه ويبيعه مرابحة على ما بقي وفي هذه المسالة غرم عشرين درهما في دفعتين وعاد اليه
خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحة على خمسة • وفي المسالة الثانية رجع اليه مثل ما غرم منه فلم
يبق راس مال يبيعه مرابحة عليه فعلى هذه النكتة لا يرد السؤال المذكور • فيما اخذ بالصلح صورته
اذا كان لرجل على رجل مائة فصالحه على ثوب فاراد ان يبيعه مرابحة على مائة لا يجوز لان مبنى الصلح
على الحط حتى لو علم المشتري يتخير بين الاخذ بكل الثمن وبين الترك كذا ذكره شيخ الاسلام • **قوله** وعليه
دين يحيط برقبته • وفي النهاية وانما قيد به لانه لو لم يكن على العبد دين وباع من المولى لا يصح لان هذا البيع
لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف كذا وجدت بخط شيخي محالا الى
شيخ الاسلام خواهر زاده والى فائدة هذا القيد اشار العلماء في جامعيهما • وقال فخر الاسلام ههنا •
تمكنت الشبهة لان العقد الذي جرى بين المولى والعبد صحيح لها شبهة العدم لانه عبده وانما صح العقد •
لقيام الدين مع قيام المانع وهو كون العبد مملوكا للمولى ولا حكم له وقال شمس الائمة • واما جواز
هذا العقد فلكونه مفيدا فان المولى من كسب العبد المديون كالاجنبي آخر فبهذا العقد يدخل •
في كسب العبد ما لم يكن فيه ويسلم للمولى ما لم يكن سالما له قبل ذلك ولكن ذكر هذه المسالة واخواتها •
في المبسوط من غير دين العبد وقال اذا اشترى شيئا من ابيه وامه او ولده او مكاتبه او عبده او
اشترى العبد او المكاتب من مولاه شيئا بثمن قد قام على البائع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة •
الا بالذي قام على البائع من العبد والمكاتب بالاتفاق ولان بيع المرابحة على ما ينفي تجوز عليه على ملكه •

لان كسب

لان كسب لمولاه وما حصل للمكاتب من وجه كانه له ايضا فللمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك
حقيقة الملك عند عجزه • فاما في غير المماليك من الاباء والاولاد والازواج فكذلك الجواب عند
ابي حنيفة وبه قال احمد والشافعي في وجه • وقال ابو يوسف ومحمد ان يبيعه مرابحة بما اشتراه
وهو قول الشافعي لتباين الاملاك بينهما • وابو حنيفة يقول ما يحصل المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصله لنفسه
من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا صار في حقه كالعبد وبيع المرابحة يوخذ
فيه بالاحتياط وهو اقل الثمنين كما في المكاتب والعبد • وقال الشافعي في مسالة العبد الماذون •
والمكاتب يحل له ان يخبر عن الثمن الثاني ولكن يكره • وقال بعض اصحابه لو قصد بذلك زيادة الثمن
الثاني يكون تدليسا محرما واذا بان ذلك كان للمشتري الخيار وهذا هو الاختيار عندي في هذا الزمان
لفساد المعاملات كذا في حلية المومنين • **قوله** لجوازه اي لجواز العقد مع المنافي وهو كون العبد •
مملوكا للمولى كانه باع ملكه بملك نفسه وكذا في الشراء وبيع الانسان من نفسه باطل فاذا بطل البيع
الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في البيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول قال
الامام قاضي خان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى كسب العبد للمولى فكان بايعا
من نفسه ويقضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز ورد الى الرق كان كسبه للمولى فكان
بايعا من نفسه من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل الاول اي العقد الاول في الفصل الاول
وهو اذا ما باعه العبد من مولاه • يبيعه للمولى اي يبيعه مرابحة لا جل المولى في الفصل الثاني وهو ما اذا
باعه المولى من عبده • **قوله** وان قضى بجوازه عندنا وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب • ولا
بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في الربح لان البيع تمليك ماله بمال الغير ولم يوجد ههنا لانه
يشتري ماله بماله او يبيعه به • **قلنا** يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد لان لم يستفيد
ملك الرقبة فكان مفيدا صحيحا وهذا لان البيع ماخوذ من مد الباع سمي به لان كل واحد يمد باعه
الى ما في يد صاحبه بعد البيع وهذا المعنى موجود ههنا كذا في الفوائد الظهيرية مع انه اي رب المال
يشتري ماله بمال نفسه لما فيه اي في ذلك العقد من استفادة ولاية التصرف اي ملك اليد لان رب المال
بالتسليم الى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله وبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف ولهذا
لو صار مال المضاربة جارية لا يحل لرب المال منع المضارب عن التصرف ولهذا لو صار فيه اي في هذا
البيع شبهة العدم اي عدم الجواز لما ذكرنا من تعليل زفر • وقوله الا ترى انه اي المضارب وكيل عنه اي عن رب
المال ايضاح لقوله ففيه شبهة العدم لانه لما كان وكيلا عن رب المال ينبغي ان لا يجوز البيع بينهما كما بين الموكل •
ووكيله فيما وكل فيه • **قوله** فاعورت اي سماوية بانه بغير فعل احد في المبسوط اشترى خادما فاعورت
او ثوبا او طعاما فاصابه عيب عند المشتري بغير فعل احد فله ان يبيعه مرابحة ولهذا لو اصفر الثوب او توسخ
او تكسر لا يمنعه من البيع مرابحة • ولا بين اي لا يقول انها سليمة فاعورت في يدي او وطئت لم يحتبس عنده
اي عند المشتري في المبسوط انه عين حابس شيئا في المعقود عليه فله ان يبيعه مرابحة بلا بيان كما لو تغير •
تغير السعر لان الفائت وصف فيكون تبعا فلا يقابله شيء من البدل اذا فات بغير صنع احد وانما البدل كله
بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة ولهذا لو تصفر الثوب او توسخ او تكسر لا يمنعه من •
البيع مرابحة • وفي نوادر ابن سماعة عن محمد هذا اذا انقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه العيب
قدر ما لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة • **فان قيل** يشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء •
من الثمن الاجل فالاجل لانه وصف وعليه ان يبينه اذا اشتراه بالاجل • **قلنا** يعطى في مقابلة •
الاجل شيء عادة في مقابلته شيء من الثمن فيكون كالجزء فيلزمه البيان لا يقابلها اي منافع

وطيها وان لم يكن فيها ربح دون ضرر
الیمین شیء وللمضارب حق النصرف ونظر
لا يملك رب المال

البضع الثمن • فإن قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء إذا قصد إتلافه كان له قسط
من الثمن بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيبا وثبت
الشراء كذلك باعتبار أن المشتري بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشتري • قلنا عدم جواز الرد إنما كان باعتبار
ما ذكرت غير مسلم بل لمعنى آخر وهو أنه لو ردها لا يخلو إما أن يردها مع العقر احترازا عن الوطء مجانا أو من
غير عقر لا وجه إلى الأول لأنه يعود الجارية مع زيادة والفسخ لا يرد على الزيادة ولا وجه إلى الثاني
لأنها تعود إلى قديم ملكه وسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب
إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم على الموهوب له شيء لأنها تسلم للموهوب له بلا عوض فيجوز
أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري وللبائع زيادة متولدة
من العين أو شيء وجب بإتلاف العين كالولد والأرش والعقر فكذا الوطء كذا في الفوائد الظهيرية
وعن أبي يوسف في الفصل الأول وهي ما إذا اعورت إذا حبس أي الشيء الفائت بفعله أي بفعل
المشتري وهو قول الشافعي وزفر أيضا لكنهما اختلفا في التخريج فعند زفر يجب البيان باعتبار أنه لو علم
المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمي من البدل لم يلتزم له ربحا على ذلك ما لم يعين بعد ما تعيب
وأما الشافعي فيقول وجب البيان بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن • وأن التعيب
بآفة سماوية وبصنع العباد سواء عنده • وقلنا إذ فقأ أي المشتري عينها أي عين الجارية
بنفسه أو فقأها أجنبي وإنما خص فقء المعتدي والأجنبي لأنها لو فقأت عينها نفسها فهو كما فقئت بآفة
سماوية في المبسوط لو تعيب المبيع بفعل نفسه يبيعه مرابحة بغير بيان لأن ذلك هدر فلا يكون المشتري
حابسا شيئا • أما لو تعيب بفعل المشتري فيكون حابسا لجزء المبيع مما أحدث فيه من العيب وما يكون
تبعا إذا صار مقصودا بالتناول كان له حصة من الثمن بخلاف ما إذا تعيب بغير فعل أحد • وكذا
لو تعيبه أحد أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره وبالأمر يصير كفعل المشتري بنفسه وبغير الأمر جنايته
موجبة لضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا جزء من المعقود عليه وذلك يمنع من بيع المرابحة •
بلا بيان حتى لو باعه بلا بيان كان للمشتري الخيار ولو لم يصبه عيب ولكن أصاب من غلة الدار •
أو الدابة شيئا يبيعه مرابحة بلا بيان لأن الغلة غير متولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المبيع
ولأن الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة لأنه أنفق عليها بإزاء ما نال من
المنفعة وكذا إذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخل يبيع الأصل مع الزيادة مرابحة لأنه لم يحبس شيئا
من المعقود عليه ولأن نقصان الولادة يعقبها بغير فعل وبإزائه ما يخير أو الولد لا يمنع ولو استهلك المشتري
الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين فيكون بمنزلة جزء من
المبيع وكذا ألبان الغنم وأصوافها فعنده حكم جزء العين وعند الشافعي يبيعها مرابحة بلا بيان لأن الزيادة
المنفصلة عنده بمنزلة الغلة الكل من المبسوط • قوله أخذ أرشها ذكر أخذ الأرش وقع اتفاقا لأن بفقء
الأجنبي يجب الضمان ووجوب البيان عليه إذا التعيب بصنع العباد موجب البيان وإن لم يوجد الأرش •
والدليل إطلاق المبسوط من غير تعرض أخذ الأرش كما ذكرنا • قرض فار من قرض الثوب قطعه بالمقراض •
وفي الفوائد الظهيرية قرض فار بالفاء المعجمة من فوقها بواحدة نص عليه هذا أبو اليسر ونص غيره بالقاف •
والمعنى في ما بين الصورتين ما بيناه وهو أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في حق قرض الفار • وفي حق
تكسر الثوب صار مقصودا بالإتلاف فصار كأنه حبسه بفعله • قوله ومن اشترى غلاما إلى أجل ويقولها
قال الشافعي وأحمد وقال الأوزاعي يثبت الأجل في حق المشتري لأنه باعه • وقلنا الأجل يثبت
بالشرط وما وجد الشرط بينهما لأن الأجل شبيها بالمبيع وذلك لأن للدين المؤجل كالناقص ولهذا المعنى إذا شهد

شاهدان على رجل بتأجيل الدين وقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان ذلك الدين لأن المؤجل غير منتفع
فيصير من وجه كأنه ملك هذا الشيء بلا ثمن فلا يكون له أن يبيعه مرابحة ولأن المشتري لو علم بذلك عسى
عسى لا يرضى بشرائه بذلك الثمن الذي اشتراه بائعه فضلا من المرابحة فلا يجوز البيع ما لم يتبين وفي المبسوط
لأن المؤجل أنقص من المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للوصف الحالي
عن المقابلة حكما فإذا باعه وكتم ذلك فالمشتري بالخيار إذا علم التدليس الموجود عن البائع قوله و
هذا أي في عقد المرابحة بثمنها أي على ثمنها والباء بمعنى على • لزمه أي لزم البيع على المشتري فلا يرجع بشيء
لأن الأجل لا يقابله شيء من الأجل الثمن أي حقيقة وبه صرح الإمام قاضي خان يعني إذا لم يذكر زيادة الثمن
بمقابلة الأجل عملا بجانب الأجل • وفي المبسوط والفوائد الظهيرية ولو استهلك المبيع أو هلك عنده
بطل خياره لتعذر الرد كخيار الرؤية والشرط فرق بين هذا وبين خيار العيب إذا هلك عند المشتري حيث
يرجع بالنقصان • والفرق أنه لو رجع المشتري على البائع يبقى بعض السلعة عند البائع وهو الجزء
الفائت وههنا لا قال القاضي الإمام ظهير الدين نظير هذا ما سئل والدي عن رجل اشترى ثوبا على أنه
عشرة أذرع بعشرة دراهم فوجده تسعة أذرع خير المشتري فإن اختار الرد فهلك قبل أن يرده هل
يرجع بالنقصان قال لا يرجع وما ذكرنا من الفرق ههنا دليل عليه كذا في الجامع الخبازية • ولاه إياه أي عقد
عقد التولية وإن كان استهلكه أي في باب التولية ثم علم أي الأجل لما ذكرنا أي في المرابحة أن الأجل
لا يقابله شيء من الثمن حقيقة • وفي المحيط ثم في الأجل المشروط ثم إذا باعه بلا بيان وعلم به المشتري
فله الخيار لأن الخيانة في التولية • ثم علم أي الأجل لما ذكرنا أن في المرابحة أن الأجل لا يقابله وشبهها
مثلها في المرابحة ولأن مبنى المرابحة والتولية على الأمانة • وعن أبي يوسف في آخره وفي المبسوط
وعن محمد أنه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن أيضا وهو صحيح على أصله فإنه يجوز فسخ العقد بسبب التحالف على
القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين وإن كان ذلك باعتبار معنى الثمن
فهذا مثله والمعنى في الكل تحقق الحاجة إلى دفع الضرر عن المشتري وهذا بخلاف العيب بين الثمن إذا تعذر الرد
وههنا الثابت له مجرد خيار والخيار ليس بمال وكذلك ولو استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي منه
لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يرجع في شيء من الثمن لسلامة المبيع كما استحقه • وقيل
يقوم وهذا القول قول أبي حنيفة في الكافي وكان الفقيه أبو جعفر يختار للفتوى أن يقوم المبيع بثمن
حال وبثمن مؤجل فيرجع المشتري على البائع بفضل ما بينهما عملا بعادة الناس وهذا إذا كان الأجل مشروطا
في العقد ولو لم يكن مشروطا فيه ولكنه مرسوم متعارف كما هو الرسم بين التجار أن لا يطالبوا بالثمن جملة
بل المشتري يؤدي الثمن مؤجلا في كل أسبوع ثم أن المشتري باعه مرابحة فقيل لا بد من بيانه لأن المعروف
كالمشروط بنص العاقدين • ولو كان الأجل مشروطا لا يبيعه مرابحة بلا بيان فكذا إذا كان متعارفا
والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان لأن الثمن حال وإن سامحه البائع واستوفى الثمن منجما لا يخرج من أن
يكون حالا • قال صاحب المحيط في ذكر الخيار في الأجل المشروط رواية فيمن اشترى شيئا وصار
مغبونا غبنا فاحشا أن له أن يرده على البائع بحكم الغبن قال القاضي أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا
ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الإسلام يفتي بأن البائع إن قال للمشتري قيمة متاعي كذا
أو قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر بخلافه له الرد بحكم التغرير وإن لم يقل ذلك فليس
له الرد • وبعضهم كانوا يفتون بالرد بكل حال والصحيح أن يفتى بالرد إذا وجد التغرير وبه لا يفتي
بالرد وهكذا ذكر في القنية فالبيع فاسد لجهالة الثمن وبه قال الشافعي في أصح الوجهين • والوجه الثاني
أنه لا يفسد البيع لأن الثمن فيه على بقاء الثمن الأول والرجوع إليه سهل كذا في شرح الوجيز فإذا علمه أي

المشتري البايع صح البيع وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه قال لا ينقلب صحيحا بعدما انعقد فاسدا وللمشتري الخيار لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا كتاخير القبول فان القبول في اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتداء • فاما بعد الافتراق فلا صلاح لانه تقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح كذا في الكافي • برقمه بسكون القاف صورته ان التاجر يرقم الثياب اي يعلمها بعلامة بان ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبايع غير معلوم للمشتري • ثم لو علم المشتري بقدر ذلك الثمن في ذلك المجلس وان كان بعد القبول يصح البيع ويجعل كانه علم وقت القبول لاتحاد المجلس ولو علم بعد الافتراق لا يصح • وانما يتخير اي المشتري لخلل في الرضا لان الرضا لم يتكامل قبله اي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتكامل بعد الرؤية للجهل بصفاته نورود الشرع باثبات الخيار ثم ورد ههنا فان قيل ينبغي ان لا يكون للمشتري الخيار فيما ذكرنا ان الموجود في اخر المجلس حتى يجعل كالموجود في اوله • قلنا نعم الموجود في اخره كالموجود في اوله والرضا غير موجود في اخر المجلس حتى يجعل كالموجود في اوله فلهذا كان له الخيار كذا في الكافي • وفي المجتبى باع بربح ده يازده ولم يعلم المشتري ما اشتريه به يفسد البيع حتى يعلم فيختار او يدع في رواية ابن رستم عن محمد وبه قال الشافعي في قول وقال في قول يصح البيع لامكان معرفته بالرجوع • وعلى هذا القول لو اخبره به في مجلس العقد يجعل كانه اخبره به حالة العقد لان المجلس يجعل كساعة واحدة في الشرع كذا في تتمتهم • وفي رواية بن سماعة عن محمد انه جايز ديانة وبه انه موقوف في حق وصف الجواز • **مسايل**

تتعلق بهذا الباب في المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى اخر نصفه بمائتي درهم ثم باعه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا بخلاف ما لو باعه مساومة حيث يكون بينهما انصافا لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيها المشتري والموهوب له وملكهما في العبد والثمن في المرابحة والتولية والوضيعة مبني على الثمن الاول فاختص هذه العقود بالمشتري • ولو باع المتاع مرابحة ثم حط البايع الاول شيئا من الثمن فانه يحط ذلك من المشتري الاخر وحصته من الربح ولو كان تولية حط ذلك عندنا وقال زفر والشافعي لا يحط عن الثاني شيء بهذا السبب واصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن على سبيل الالتحاق عندنا من العاقد او الاجنبي وكذا حط الثمن عندنا ويثبت ذلك في حق الشفيع والموكل ايضا عندنا خلافا لهما ولو اشترى عبدا بالف فوهب البايع الثمن كله يبيعه مرابحة على الالف وكذا في التولية ولو وهب بعضه او حط بعضه يبيعه مرابحة بما بقي لما بينا في حكم الالتحاق • ولو اشترى بدراهم جياد ونقد الزيوف وتجوز البايع يبيعه مرابحة على الجياد ولو باعه بالثمن عرضا او اعطاه رهنا فهلك الرهن فله بيعه مرابحة بالالف ولو اشترى الرجلان عدل زطي بالف فاقتسماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة لان القسمة فيما يتفاوت في معنى المعاوضة • ولو اشترى طعاما فاكل نصفه فله بيع النصف الباقي مرابحة على نصف الثمن وكذا كل مكيل او موزون اذا كان صنفا واحدا لانه مما لا يتفاوت وان كان مختلفا لا يبيع الباقي مرابحة لان الانقسام ههنا باعتبار القيمة ومعرفتها بالحزر والظن وكذا الثوب الواحد اذا ذهب نصفه او احترق او احرقه انسان او باعه او وهب لا يبيع الباقي مرابحة على الثمن الاول لان الانقسام باعتبار الذرعان والذرع في الثوب صفة والانقسام لا يكون باعتبار الاوصاف وكذا الثوبان اذا اشتراهما صفقة واحدة لا يبيع احدهما مرابحة لما ذكرنا ان الانقسام باعتبار القيمة • ولو اشترى عدلا بكذا كل ثوب بكذا فله بيع كل ثوب مرابحة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يبيع •

احدهما حتى يتبين انه اشتراه مع غيره • ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف بمائتين فله ان يبيع اي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة الكل من المبسوط وفي الايضاح وان باع البعض مشاعا مرابحة فالا يكال ولا يوزن ولا يعد وهو متفاوت جاز لان حصة المشاع معلومة ولو باع بعضها معينا لا يجوز • ولو اشترى رجلان مكيلا او موزونا واقتسما جاز لكل واحد ان يبيع حصته مرابحة ولو اسلم عشرة دراهم في ثوبين ووصفهما لا يبيع احدهما مرابحة عند ابي حنيفة وعندهما يجوز • ولو اشترى ثوبا بعشرة فباعه بوضيعة ده يازده فانك تجعل درهم من راس المال احد عشر جزءا فتكون الجملة مائة وعشرة وسقط عشرة لانه شرط عشرة من احد عشر ففي مائة جزء يكون كل درهم على احد عشر جزءا فتاخذ من ذلك عشرة اجزاء فيصير جملة الثمن الثمن تسعة دراهم وجزء من احد عشر جزءا فتكون الجملة مائة وعشرين وسقط منها عشرين جزءا فبقي مائة تاخذ لكل اثني عشر درهما فيكون الثمن ثمانية دراهم وثلث وعلى هذا جميع هذا النوع والله اعلم

فصل • قوله فيما ينقل ويحول

لم يجز له بيعه وقيد بالبيع ولم يقل لم يجز ان يتصرف به ليقع المسئلة على الاتفاق وقال مالك يجوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام لانه عليه السلام خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه فدل على تخصيص الحكم والا فلفس لهذا التخصيص فايدة وكذا المشروب عنده • **وقلنا** التخصيص بالشيء لا يدل على نفي الحكم فيما عداه كيف وراوي الحديث ابن عباس وهو قال بعد روايته احسب كل شيء مثله • وقال احمد لو كان المبيع مكيلا او موزونا او معدودا لم يجز بيعه قبل القبض وفي غيره يجوز نهى عن بيع ما لم يقبض روي انه عليه السلام قال لحكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه • وقال لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة اميرا انههم عن اربع عن بيع ما لم يقبض وغيره وانفساخ العقد اي العقد الثاني والاول لانه لو هلك قبل القبض يهلك من مال البايع الاول فيكون بايعا من مال غيره من وجه • **فان قيل** غرر الانفساخ فيه بعد القبض متوهم ايضا على تقدير ظهور الاستحقاق ومع انه يجوز البيع ثمة • **قلنا** لو قلنا به يلزم انسداد البيع فلا يمكن الاحتراز عنه • **فان قيل** هذا نهي عن البيع باعتبار معنى مجاور فينبغي ان لا ينعدم المشروعية كالبيع وقت النداء • **قلنا** عدم جوازه باعتبار انه مملول او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك فيكون المعنى وهو الغرر في المبيع لا مجاور كذا في الفوايد الكاثية • وقال محمد لا يجوز وبه قال زفر والشافعي واحمد وابو حنيفة اولا لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام اذا ابتعت شيئا • وقوله عليه السلام عن بيع ما لم يقبض فان كلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ولم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس واعتبارا اي بالقياس عليه لانه مبيع لم يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول وهذا لان البيع لم يشرع الا بالقدرة على التسليم وذا يكون باليد ولا يد للمشتري على المبيع قبل القبض فلا يقدر على تسليمه فلا يصح بيعه ولا يجوز للمشتري ان يوجر الدار المشتراة قبل القبض لانه عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض باكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن ولان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد والملك انما يتاكد بتاكد السبب وفي هذا المنقول والعقار سواء ولهذا العقار والمنقول قبل القبض مضمون بغيره وهو الثمن حتى لو استحق او تصور بالهلاك فيهما يسقط الثمن كذا في المبسوط والكافي وفرق محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض فهو جايز في البيع قبل القبض اذا سلطه على القبض فقبضه لان تمام هذا العقد بالقبض والمانع زايل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه بلا قبض وقاس هذا بهبة الدين من غير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز • وابو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما

عمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام
الغرر في ملكه فالهبة اولى لان الهبة في استدعاء الملك اقوى من البيع حتى يجوز البيع من المكاتب والماذون
له دون الهبة كذا في المبسوط • ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع هو الايجاب والقبول صدر من
اهله اي من العاقل والبالغ من محله وهو المال المملوك ولا غرر فيه لانه لا يتوهم انفساخ العقد منه
بالهلاك وهو مقدور التسليم فيصح بيعه كالمملوك وهذا لان هلاك العقار نادر اذ لا يمكن تغيبه ليصير
مالكا حكما وانما يثبت له صفة الهلاك اذا صار بحرا وهذا ابعد من استحقاق والمنقول بعد القبض في هذا
التوهم بعد القبض لا يمنع فهذا اولى بخلاف المنقول لتوهم انفساخ العقد فيه بهلاكه فيتبين انه باع ما لا
يملكه فيتمكن فيه غرر • ونهى عليه السلام عن بيع ما فيه غرر ولهذا قال بعض مشايخنا جواب ابي حنيفة
في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا • او يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك
فلا يجوز كذا في المنقول كذا ذكره الامام المحبوبي • **فان قيل** هذا التعليل يخالف لمطلق النص فان
مطلقه يتناول العقار كما بينا • **قلنا** الحديث مخصوص فان بيع عبد المهر وبدل الخلع والصلح عن دم
العمد والميراث والثمن قبل القبض يصح بالاتفاق لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك فكذا لا يتوهم انفساخ
العقد هنا لما ذكرنا فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس والدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض لا يحمل •
التمليك بدل لما جاز للشفيع الاخذ بالشفعة قبل القبض وللشافعي في الاخذ بالشفعة قبل القبض وجهان
في وجه لا يصح وفي وجه هو الاصح يصح على انه لم يتناول المتنازع اذ لا يتاتى فيه القبض الحقيقي لانه
يكون بالنقل فتكون المسئلة مبنية على الاختلاف في غصب العقار كذا في المبسوط والكافي • **فان قيل**
يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب وذلك غير نادر • **قلنا** لا يتوهم الانفساخ بالرد حتى جاز البيع
قبل القبض لانه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول
الرد بالعيب فلا يتوهم الانفساخ فيه حينئذ كذا في الفوائد الظهيرية • **قوله** والحديث معلول به
اي بذلك الغرر في الملك بدليل جواز التصرف في الثمن والمهر لانه غرر في الملك لان بالهلاك لا يبطل ملكهما
عندنا ويجب على الزوج قيمته لها ولهذا يتعذر التصرف الذي لا يمتنع بالغرر في المبيع قبل القبض وهو العتق
والتزويج وبه قال الشافعي وللشافعي قولان في ذلك قال في القديم على الزوج القيمة وقال في الجديد
تبطل التسمية بالهلاك فعلى هذا لا يجوز فيه التصرف لبقاء الغرر في الملك وكذا القولان له في بدل الخلع
وفي بدل الخلع من مال وبه يتبين فساد قولهم ان يتاكد الملك يتاكد السبب وذلك بالقبض لانا
نقول في العتق استدعاء الملك التام فوق البيع قبل القبض • واما قولهم انه يدخل في ضمان المشتري
بالقبض • **قلنا** شرط صحة التصرف اصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف في الموهوب قبل
القبض وكذلك القدرة على التسليم كما تثبت بيده تثبت بيد غيره اذا لم يمنعه مانع • **فان قيل**
لو كان شرط صحة التصرف اصل الملك ينبغي ان يجوز التصرف في المسلم فيه قبل القبض • **قلنا** ايضا الملك
المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط العينية وجواز السلم رخصة بخلاف • ومن الشرائط
الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف قبل ان يكيله وان كان قبضه كذا في المبسوط بخلاف ما لا يكيل
الجواز ودليله صدور التصرف من اهله مضافا الى محله • وقوله تعالى واحل الله البيع الاية •
والحديث والحاصل فيه المطلق للتصرف هو الملك وقد وجد ولكن الاحتراز عن الغرر واجب مهما
امكن فاذا كان يتوهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه واذا لم يتوهم
غرر الانفساخ انتفى المانع فجاز العقد • ولهذا المعنى جوز ابو حنيفة بيع العقار قبل القبض **قيل** على
هذا الخلاف • وفي الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة

فاذا املك التصرف في الرقبة تملك التصرف في التابع وما لا فلا • وفي الفوائد الظهيرية • **وقيل** الاجارة
لا يجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمنع جوازها لذلك
وفي الكافي وعليه الفتوى • وقوله ولو سلم الى آخره • **قيل** كان هذا في نسخة المصنف ثم لا بد من معرفة
المبيع في المجتبى وفي المحيط كلما لا يتعين بالعقد فهو مبيع وما لا يتعين ثمن فالدراهم والدنانير
اثمان ابدا والمثليات كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالدراهم او الدنانير
فمبيعة وان قوبلت بالاعيان وهي معينة فثمن ومبيع وان لم تكن معينة فمبيع فثمن ان استعملت استعمال
الاثمان والا فمبيع كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم • **وقيل**
المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها فثمن مطلقا دخل عليها الباء اولا اذا عرفت هذا فالمبيع لو
كان منقولا لا يجوز بيعه بالاجماع قبل القبض وكذا الاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح عن الدين والمهر
وبدل الخلع والصلح عن دم العمد اذا كانت عينا لا يجوز بيعها واجارتها قبل القبض ولو تصدق بالمبيع المنقول
او الاجرة او اقرض او اوصى او وهب جاز عند محمد خلافا لابي يوسف • واما العقار اذا ملك بالشراء • او
الاجارة او الصلح عن الدين يجوز التصرف فيه قبل القبض وعند محمد وزفر والشافعي لا يجوز ولو وهب جاز
بالاتفاق • ولو اعار المنقول من البائع لا يجوز • ولو غصبت فمن مال البائع وان اعاره من اجنبي وامره
بقبضه وقبضه صح ولو باعه من بائعه او آجره لم يصح واما الاثمان فالتصرف فيها قبل القبض اسبتدالا جائز في
غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه ولو باع عبدا وسلم ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض
يجوز ومن اجنبي لا يجوز وبه قال الشافعي في قول يجوز وفي قول لا يجوز • والاصل في جنس هذه المسائل
ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو
فسخ في حق احد المتعاقدين بيع في حق الثالث يجوز من المشتري دون الاجنبي • **قوله** ومن اشترى مكيلا مكايلة
قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا او معدودا بهبة او وصية او ميراث جاز لمن ملك ان يتصرف
فيه قبل القبض • **وقيل** الكيل والوزن والعد وقيد بكونه مكايلة او موازنة بان قال اشتريت هذا
الطعام على انه عشرة اقفزة او الحديد على انه كذا مثقالا لانه اذا باع المكيل والموزون مجازفة جاز
التصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل بالبيع او الاكل او غيرهما الكيه اشترى في الايضاح والجامع الصغير لقاضي
خان وكالة اي لنفسه او ان له لنفسه ثم باعه اي المشتري بشرط الكيل لم يجز للمشتري اي للمشتري الثاني منه
من المشتري الاول ان يبيعه او ياكله وبه قال الشافعي ومالك واحمد وكالا يملك البيع لا يملك سائر التصرفات
المختصة بالملك كالهبة والوصية وما اشبههما كذا في المبسوط • وفي الجامع الصغير للمحبوبي ولو قبضه
بغير كيل واكله لا يقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه آثم لتركه ما امر به من الكيل ومن الفوائد
الظهيرية • اما المكيلات فعلى اقسام ما يحتاج الى الكيل مرتين وهو السلم على ما يجيء وبيع العين المكيل مكايلة
بعدما اشتراه مكايلة وانما كان كذلك لان الكيل من تمام القبض فيما بيع مكايلة • واصل القبض شرط جواز
التصرف في المبيع فيكون تمام القبض شرطا ايضا وذلك لان القدر معقود عليه فيما بيع مكايلة الا ترى انه
انه يلزمه رد الزيادة بنقص الثمن حصة ما انتقص من الثمن والقدر غير متعين قبل الكيل لتوهم الزيادة والنقصان
ولا ينوب قبض المشتري الاول عن قبض المشتري الثاني فكذا الكيل الذي هو من تمام القبض • والثاني ما يحتاج الى
كيل واحد وهو ما اذا اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة او استفاد بما مزارعة او ارثا او استقرض حنطة •
على انها كر ثم اوفاها رب السلم او باعها مكايلة احتيج اليه الى كيل واحد وذلك لان في المبيع المجازفة وقع البيع
على المشار اليه دون مقدار بعينه وكذا فيما استفاده ارثا او زراعة وكذا فيما استفاده قرضا بشرط
الكيل وان كان الاستقراض تملكا بعوض فكان كالشراء الا انه شرى صورة عارية حكما لان ما يرده عين

المقبوض حكمًا ولهذا لو وجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكًا بغير عوض حكمًا • والقسم الثالث ما لا يحتاج
الى الكيل وهو ما اذا اشترى حنطة ثم باعها مجازفة لانه لا وجه همنا الى تعين المقدار بالكيل واما اذا
الكيل مما علم انه كر فقبضه ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز لان الكيل من تمام القبض والقبض اصله ليس بشرط في تصرف
الاثمان فكذا لا يشترط ما كان من تمامه ولو اشتراها مكايلة ثم باعه مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر
الرواية لا يجوز لما قلنا • وفي نوادر ابن سماعة يجوز بخلاف ما اذا باعه مجازفة وقبضه المشتري حيث يجوز
للمشتري ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفًا
في ملك نفسه لان الزيادة له اي للمشتري • **فان قيل** كيف يمكن الزيادة في بيع المجازفة • **قلنا**
من الجائز انه اشترى مكيلًا مكايلة فاكاله على انه عشرة كل مثلًا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع
فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول كذا في الكافي • **وقيل** المراد بالزيادة الزيادة التي كانت
في ذهن البائع او ذهن المشتري وذلك يكون للمشتري وذلك بان باعه مجازفة مثلًا وعند البائع انه
مائة قفيز فظهر زايدًا على ما ظنه فتكون الزيادة للمشتري صاع البائع اراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين
اشتراه وبصاع المشتري صاعه لنفسه حين بيعه لاجماعهم ان البيع الواحد لا يحتاج الى الكيل مرتين والمعنى
ان العقد الثاني اذا كان مكايلة ايضًا فالذي يستحقه المشتري الثاني ما يدخل تحت كيله الآن اي انه يلزمه
رد ما فضل على مقدار الكيل الذي سماه فلا يتعين ملك المشتري الثاني الا باعادة الكيل عليه مرة اخرى
كذا في شرح الاقطع • وفي الكافي والنهي عن البيع يقتضي الفساد اذا كان لمعنى في البيع وقد وجد اذ ربما لا
ما يحويه الكيل والوزن فهو مجهول فربما يزيد وينقص لما لم يكل لنفسه او انه لا يتميز المبيع عن غيره فكان
المبيع مجهولًا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف الى اخر ما بيناه في الفوائد • والثوب مذارعة حيث
يجوز التصرف للمشتري قبل الذرع • وقال الشافعي لا يجوز بخلاف القدر اي الكيل لانه اي كيل البائع قبل البيع صاع
البائع والمشتري والمعتبر ذلك ولم يوجد قبل البيع ولا مكيله اي كيل البائع لانه اي بالكيل يصير معلومًا
وتميزًا عن غيره بحضرته اي بحضرة المشتري اذ لا بد للتسليم من متسلم فالتسليم الى الغائب لا يتحقق كذا في
الكافي • وفي جامع قاضي خان اختلفوا فيه والصحيح انه يشترط كيل آخر • والصحيح انه يكتفى به اي بالكيل الواحد
وعليه الجمهور وهذا يقتضي ان يكون وضع المسئلة في عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد
وعليه الجمهور وهذا يقتضي ان يكون وضع المسئلة في عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد
في الصحيح في العقد الواحد بشرط الكيل • فاما في العقدين بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد ليس بصحيح
من الرواية بل جواب المسئلة فيه الكيلان لا غير على ما يقتضيه الصحيح من الرواية • واما على قول من تعلق بظاهر
الحديث في صورة العقدين بشرط الكيل فيجب اربع من الكيل لان لكل واحد من العقدين عقد بشرط الكيل فيجب اربع
من الكيل لان كل واحد من العقدين عقد بشرط الكيل فعلى هذا يلزم في لفظ الكتاب في وضع المسئلة في هذا
الحكم في اخرها نوع تناقض اللهم الا ان يريد بما ذكر في اخر المسئلة بقوله والصحيح انه يكتفى به احد البيعين وهو
البيع الثاني لما انه لم يذكر اول المسئلة بقوله والصحيح انه يكتفى به احد البيعين وهو البيع الثاني لما انه لم يذكر
في اول المسئلة لفظ البيع الا مرة واحدة فجعل المقصود فيه البيع الثاني وفي حقه اجرى الحكم دل عليه قوله
ويحمل الحديث اجتماع الصفقتين وفي الكافي والحديث محمول على السلم اليه اذا اشترى كر مثل المسلم فيه
بشرط الكيل وكل رب السلم بالقبض له فانه لا يصح الايصا عنه لاختلاف الصفقتين بشرط الكيل احدهما
شرا المسلم اليه • وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فتجمع الصفقتان وعلى بيع العين بان باع
مكيلًا مكايلة فانه يحتاج الى الكيلين وهذا يؤيد ما ذكرنا من ان مراد المصنف احد البيعين وهو البيع
الثاني ويؤيده ايضًا ما نقلناه من شرح الاقطع • **قوله** ولو اشترى المعدود عدًا اذا اشترى المعدود

مجازفة وقبضه جاز له التصرف قبل العد لما ذكرنا في الكيلي والوزني وان اشتراه على انه كذا وقبضه
فباعه او تصرف فيه تصرفًا اخر قبل العد لم يذكر في الكتاب • وروي عن ابي حنيفة لا يجوز • وفي المبسوط
وهو ظاهر الرواية عنه وهو اختيار الكرخي وبه قال الشافعي ومالك في رواية اخرى يجوز وهو قول
ابي يوسف ومحمد وجه قولهما ان العد في العدديات ليس بمعيار شرعي بدليل انه لا يصير مال الربوا حتى
يجوز بيع جوزة بجوزتين وبيضة ببيضتين فصار العد فيها كالذرع في المذروعات فالزيادة والنقصان
لا يتحقق فيه الا بغلط في العد بخلاف الكيلي والوزني فالزيادة والنقصان ثمة انما تظهر باجتهاد من الكيال
والوزان من غير ان ينسب بالخطأ فيه فكان العقد متناولًا للمعين فيجوز التصرف فيه قبل العد كما في
المذروع كذا في المبسوط لانه اي المعدود ليس بمال الربوا حتى يتعلق جواز البيع بالعد حتى لو باع قفيزًا
من الجوز بقفيزين منه يجوز وان كان لا يعلم المساواة فعلم ان الجواز لا يتعلق بالمساواة بالعد فلا فايدة
في تعلق الجواز بالعدد وكذا في جامع فخر الاسلام ولابي ان التصرف في المكيل والموزون انما كان حرامًا
قبل الكيل لاختلاط المبيع بغيره والاختلاط همنا موجود الا ترى ان من اشترى جوزًا على انها الف فوجدها
اكثر لا تسلم له الزيادة ولو كان اقل من الالف يسترد حصة النقصان من البائع فاذا اشتركا في العلة
اشتركا في الحكم كذا ذكره فخر الاسلام وقاضي خان • وفي المبسوط المعقود عليه العدد وهو مقدار
كالكيل ولهذا لا يسلم الزيادة له ويحط النقصان وكان المعقود عليه القدر والقدر لا يكون معلومًا
الا بالعد وانما لا يجري فيه الربوا لانه صار عدديًا وامثالًا متساوية باصطلاح الناس لا بجعل الشرع اياه
امثالًا فاذا باع جوزة بجوزتين فقد اعرضا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح المتعاقدين يرتفع
باصطلاحهما ايضًا بخلاف الكيل والوزن • وفي الكافي فكان قوله اوضح وليس فيه اي في التصرف في الثمن
غرر الانفساخ لانه لا يتعين الا بالتعيين فلا ينفسخ البيع الاول بهلاكه واذا لم ينفسخ يبقى الثمن على ذمة
المشتري كما كان ملكًا للبائع يجوز تصرفه في ملكه بخلاف المبيع وكذا قبل الكيل والوزن يجوز التصرف فيه سواء
كان الثمن مما يتعين او مما لا يتعين كالمكيلات والموزونات وغيرهما وقال الشافعي ان كان عينًا لا يجوز لان الثمن
والمبيع حالة التعيين سواء عنده لما ان الاثمان تتعين بالتعيين عنده في العقود والفسوخ وان لم يكن معينًا
لم يجز ايضًا في قول وفي اصح قوليه يجوز • **وقلنا** الثمن وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة
فانما طريق قبضه ان يقبض مثله عينًا فيصير مضمونًا عليه واذا كان طريق القبض هذا لم يبق الفرق
بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه لانه مضمون عليه واذا كان طريق القبض هذا سمي الكل
بمعناه والمقاصة يقع بمعناه • وعن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير
ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم لانه وان كان
دينًا لكن الشرع جعل المقبوض في السلم حكم عين المستحق بالعقد لان الاصل فيه ان يكون مبيعًا
والاستبدال عن المبيع لا يجوز قبل القبض كذا في الايضاح • **قوله** بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة
يكون مبيعًا والاستبدال عن المبيع لا يجوز قبل القبض كذا في الايضاح فان الزيادة في الثمن والثمن
عندهما هبة مبتداة لا يتم الا بالتسليم ويستوي في ذلك الزيادة من المشتري وغيره ولذا الحط عندنا
يلتحق باصل العقد حتى يثبت في حق الشفيع والموكل • وعندهما يرد مبتدأ في حق من حط عنه خاصة
وفي وجيزهم لا يجوز شرط اجل وخيار وزيادة ثمن ومثمن بعد لزوم العقد والا فيس منعه ايضًا في
الجواز يريد حالة الخيار في المجلس فعنده عدم جواز الزيادة بعد اللزوم قولًا واحدًا وفيما قبل اللزوم
خلافًا في مذهبه • **قوله** لانه اي تصحيح الزيادة ملكه اي ملك المشتري او البائع عوض ملكه وذلك
لان المشتري ملك المبيع فلو زاد في الثمن مع ذلك كانت الزيادة لاجل ملك نفسه وهو المبيع لما ان الثمن

لا يستحق الا عوضا والمبيع كله صار ملكا للمشتري بالعقد فصار ملكه عوض ملكه وذلك لا يجوز كالمودع
يشتري من المودع وهذا في حق الاجنبي اولا فان لم يملك شيئا من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا
يملكه ولا يمكن اثبات الزيادة من وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال او كانت جارية فاعتقها
او دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن وكذلك الزيادة في الصداق لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول ●
فلو ثبت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى كذا في المبسوط فلا يمكن اخراجه اي اخراج بعض الثمن ●
عن كونه ثمنا لان اجزاء العوض منقسم على اجزاء المعوض فبالحط يصير بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا
يمكن تقسيم باقي الثمن بعد الاخراج على كل المبيع لان ذلك يحتاج الى انشاء العقد والكلام فيما اذا لم ينشئا
وفي الكافي وفي المبسوط الثمن كله صار مستحقا بالعقد فلا يمكن اخراج بعضه الا بفسخ العقد في ذلك ●
القدر والفسخ لا يكون في احد العوضين دون الاخر على ان الثمن معقود به فسخ العقد يرد في المعقود
عليه دون المعقود به وقاسا حط البعض بحط الكل فكما ان ذلك لم يستند الا يثبت في حق الموكل والشفيع
فكذا حط البعض يصار برا مبتدأ حتى لا يصح الا بالتسليم الموكل والشفيع ● ولنا في ذلك قوله تعالى ولا
جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي من فريضة بعد الفريضة وذلك تنصيص على ان حكم الزيادة
المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام على انه لا تتنصف
بالطلاق قبل الدخول الا ما تأكد بالتسمية في اصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك كان حكم الزيادة
حكم الاصل والمعنى انهما اي البائع والمشتري غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع فجعل
كالمذكور في اصل العقد كما لو كان البيع بخيار لهما او لاحدهما فاسقط الخيار او بغير خيار فشرط الخيار لهما
او لاحدهما وهذا لان البيع المشروع ثلثة انواع خاسر ورابح وعدل والزيادة في المبيع او الثمن او الحط
تغيره الى احد هذه الاوصاف ولا يرفع اصله كما شرع بالخيار والتخيير يغير وصفه وهذا لان الزيادة
في الثمن يجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا او العدل خاسرا وهما يملكان التصرف
في اصل العقد بالنقض بالاقالة فاولى ان يملكا تغيره من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشي
اهون من التصرف في اصله ● وفي المبسوط واما قوله انه يلتزم العوض عن ملكه ● فقلنا قيام الملك ●
لقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام
العوض بمقابلته ايضا لان الانسان انما لم يلتزم العوض عما هو مملوك له اصلا مقصودا فاما تبعا
فقد يلتزمه وهذا لان الارباح في حكم الصلات ولهذا لو حصل من المريض معتبرا من الثلث ولانه تبع
والعوض بمقابلة الاصل دون التبع الا ترى ان اطراف المبيع تستحق بالمعاوضة تبعا ولا يقابلها شي من الثمن ●
ثم اذا صح اي الحط او الزيادة التحق باصل العقد لان وصف الشي لا يقوم بنفسه وانما يقوم بالموصوف فيلتحق ●
لانه اذا حط الكل تبديل اي تغيير لاصل العقد لا لوصفه لان الانسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو ا
باصل العقد ● فاما ان يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك فحينئذ يكون
تغييرا من مشروع الى غير مشروع او يصير ذلك العقد هبة وقد كان قصدهما التجارة لا الهبة ● فاما
حط البعض لو التحق باصل العقد تحقق مقصودهما فيجوز اليه اشير في المبسوط ● وقوله وعلى اعتبار
الالتحاق جواب عن تعليل زفر والشافعي بالزيادة يصير ملكه عوض ملكه فقال اذا اعتبرنا الالتحاق
كانت الزيادة في عوض عن ملك الغير لا عن ملك نفسه اذ حكم الزيادة حكم المزيد عليه من ابطال حقه
اي حق الشفيع الثابت بالعقد الاول فلا يملكانه اي التصرف بالزيادة فيما يرجع الى الشفيع لانه اضرار به
فلم تظهر الزيادة في حقه ولانه لم يتعلق بهذا العقد حق اخر فظهرت الزيادة ثم الزيادة الى الزيادة في الثمن
غير صحيحة بعد هلاك المبيع لان الزيادة تغيير العقد من وصف الى وصف فيستدعي قيام العقد وقيامه

بقيام المعقود عليه الا ترى انه لو آجر المشتري او رهن او ذبح او خاط او اتخذ سيفا او قطع يد واخذ
المشتري الارش صحت الزيادة لقيام المعقود عليه ولو باع من المرتهن او المستاجر او باع او طحن او نسج او خمر
العصير او اسلم مشتري الخمر لا يصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا
يصير الغاصب احق بهما بخلاف الذبح ● وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة في غير
رواية الاصول ان الزيادة يصح كالحط وجه ظاهر الرواية ان المعقود عليه لم يبق على وجه يصح الاعتياض
عنه فلا يمكن اثبات الزيادة عوضا لانه لا بد لاثبات الزيادة عوضا من اعتبار الحال ثم الاستناد الى وقت
العقد وقد تعذر اثباتها في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كالبيع الموقوف فانه لا بد من قيام المبيع
عند الاجازة ليثبت الملك مستندا الى وقت العقد ● وفي المبسوط وعلى هذا لو كانت الزيادة من
الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك بمقابلته شيئا كما لو خالع المرأة
مع اجنبي على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي مقابلته بخلاف الحط يعني صح الحط لان عمله في اخراج
القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المبيع والثمن باق فيثبت الحط على سبيل
الالتحاق باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب ولان الاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض
عنه لا يصح فذكر البقالي وابن سماعة الزيادة في المبيع بعد هلاكه تصح بخلاف الزيادة في الثمن بمقابلة
المبيع والمبيع هالك فلا يجوز الاعتياض عنه ● وفي المبسوط لا تثبت الزيادة بعد الاعتاق والتدبير
لانه لم يبق المعقود عليه على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لا بد لاثبات الزيادة عوضا من
اعتبار الحال ثم الاسناد الى وقت العقد وقد تعذر اثباتها في الحال فلا يظهر حكم الاستناد كما
قلنا في البيع الموقوف انه لا بد من قيام المبيع وقت الاجازة ليثبت الملك مستندا لانه اي المبيع
يمكن اخراج البدل عما يقابله يعني لا يمكن اثبات الثمن بمقابلة المبيع الهالك ● ويمكن اخراج الثمن واسقاطه
بمقابلة الهالك لان الحط يلائم الهالك ● وفي المجتبى في المحيط شرط صحة الزيادة في الثمن بقاء المبيع ●
محلا للمقابلة في حق المشتري حقيقة حتى لو باعه المشتري او تصدق او وهبه وسلم لا تصح الزيادة وعن ●
محمد تصح لبقاء المبيع ● ولو تقابضا عبدا بأمة وملك احدهما صحت الزيادة عند ابي حنيفة وابي يوسف ●
والزيادة في المهر بعد موتها لا تصح بعد موتها لا يصح وفي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ●
هكذا ذكر في المنتقى ويكون لها الحصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط حصتها من الثمن ولو اشترى
عبدا بدراهم وتقابضا ثم رده بعيب بقضاء فلم يقبضه حتى باعه من المشتري يجوز له ان يطالبه في الحال
لان هذا وعد وكذا خلافه في كل دين حال اذا اجل فعندنا يصير موجلا وبه قال مالك ● وعنده لا الا القرض
فان تاجيله لا يصح عندنا وعنده ● وفي المبسوط معناه انه لو اجله عند الاقراض مدة او بعده لا
الاجل وله ان يطالبه في الحال ● وعند مالك يصح تاجيل القرض ايضا لانه صار دينا في ذمته بالقبض فيصح ●
التاجيل فيه كسائر الديون ● ولو مات المقرض واجل وارثه قال الامام قاضي خان لا يصح كما لو اجل المقرض ●
وقال صاحب المحيط ينبغي ان يصح من الوارث على قول البعض وقال واحد من الفقهاء رايت في المنتقى ان
القرض اذا اصابه مستهلكا يصح تاجيله والصحيح انه لا يصح ● وقال الامام السرخسي التاجيل في بدل المستهلك
صحيح سواء كان المستهلك صحيح دراهم او دنانير او غير ذلك وعند زفر لا يصح والحيلة في تصحيح تاجيل القرض
ان يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه واجل المقرض ذلك الرجل فحينئذ يصح كذا في فصول الاستروشني
وقد ذكرناه من قبل اي في آخر باب البيع الفاسد في ان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وفي تاجيل الدين ●
كما في الحصاد والدياس حتى يصح بلفظ الاعارة ● فان قال اعرتك مائة اقرضت يكون قرضا ومعاوضة
في الانتهاء لانه اعطاه ثم اخذ عوضه حتى يلزمه رد مثله كالصبي والوصي في العبد والمكاتب كما في الاعارة

ومنها الاجل الى العطاء صار موجلا وقال الشافعي لا يصير موجلا حتى يجوز ذيم

فان المعير في قياسه فله ان يستردها من ساعته ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على المتبرع
شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الاجل وذا ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من
سبيل ولم يثبت الخيار ليتحقق السبيل فشرط ما ينافي العقد لغو كذا في الكافي • وقال القدوري العين
المردودة في القرض كنفس العين الماخوذة من المقرض ولولا ذلك لكان تمليك دراهم بدراهم من غير
قبض في المجلس وذا لا يجوز ومتى جعلت كالعين لا يصح التاجيل في الاعيان لا يصح وفي شرح الاقطع
لو شرط الاجل في ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض فكذلك اذا شرطاه في ثاني الحال ان يقرضوا
اي الورثة ولا يطالبوه قبل الاجل وبه قال الشافعي فيلزم اي الاجل رعاية لحق الموصي فان اعارة الملك
في حال الحياة لا يلزم ويجوز الرجوع فيه • وفي الوصية لا يرجع فكذا في القرض لان باب الوصية اوسع من سائر
التصرفات ولهذا لو اوصى بثمرة بستانه يجوز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي •
ونظرا له لانه عاجز عن النظر في حق نفسه فالشرع نظر له حين جوزه ولانه الوصية عقد مضاف الى حال
زوال الملكية فيجوز فيها ما لا يجوز في غيرها والله اعلم •

باب الربوا

لما ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله مع انواعها صحيحها
وفاسدها شرع في بيان ابواب البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا
تاكلوا الربوا • والمناسبة الخاصة بباب المرابحة ان في بيع الربوا زيادة وهو حرام وفي المرابحة زيادة
وهي حلال يقال ربى بكسر الراء وفتح الراء خطا كذا في المغرب • **قوله** الربوا في كل مكيل اي يوجد ويتحقق
في كل مكيل وفي بعض النسخ الربوا محرم في كل مكيل • وفي المبسوط الربوا لغة الزيادة يقال اربى فلان
على فلان اي زاد • ومنه الربوة للمكان المرتفع وشرعا هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع
وقال علماؤنا هو نوع بيع فيه فضل مستحق لاحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا
العقد وعلى هذا سائر انواع البيوع الفاسدة من قبيل الربوا • وفي جمع العلوم الربوا شرعا عبارة عن
عقد فاسد وان لم يكن فيه زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نساء ربوا وان لم يتحقق فيه زيادة وعند
البيع هو التصرف المشروع بحكمه والربوا اسم جعل علما على تصرف يفسد العقد لا على الحد المشروع و
تتميم الربوا في الشرع اسم لمقابلة عوض مخصوص عن معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد او
مع تاخير في البدلين او في احدهما • ثم الربوا حرام بالكتاب والسنة واجماع الامة • اما الكتاب
فقوله تعالى وحرم الربوا فانه تعالى ذكر لآكل الربوا خمسا من العقوبات • احدها التخبط قال
تعالى لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس • وقيل في معناه تنتفخ بطنه يوم القيمة
فتصير لا تحمله قدماه فكلما قام سقط بمنزلة الذي اصابه من الشيطان ويؤيده قوله عليه السلام
يملأ بطنه نارا بقدر ما اكل من الربوا والمراد به يفتضح على رؤس الاشهاد كما قال عليه السلام في
حديث آخر ينصب لواء يوم القيمة لأكلة الربوا فيجمعون تحته ثم يساقون الى النار • والثاني المحق
قال الله تعالى يمحق الله الربوا والمراد الهلاك والاستيصال • وقيل ذهاب البركة والاستمتاع
حتى لا ينتفع به هو ولا ولده بعده • والثالث الحرب قال الله تعالى فأذنوا بحرب من الله ورسوله
المعنى في القراءة بالمد اعلموا الناس يا اكلة الربوا انكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع الطريق •
وفي القراءة بغير المد اعلموا ان اكلة الربوا حرب الله • والرابع الكفر قال تعالى وذروا ما بقي من الربوا
ان كنتم مؤمنين • وقال تعالى والله لا يحب كل كفار اثيم اي كفار باستحلال الربوا • والخامس
الخلود في النار قال ومن عاد فاولئك اصحاب النار هم فيها خالدون ويؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام
اكل درهم واحد من الربوا اشد من ثلاث وثلثين زنية يزنيها الرجل • ومن نبت لحمه من الحرام فالنار اولى

به • والمقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو ربوا ولهذا قيل لمحمد
الا تصنف في الزهد شيئا فقال صنفت كتاب البيوع وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في
الحلال كذا في المبسوط • واما السنة فاكثر من ان تحصى قال الامام الاسبيجابي اتفقوا على انه اذا انكر
ربوا النساء يكفر • وفي ربوا الفضل في القدر اختلاف قال ابن عباس لا ارى الربوا الا في النسيئة لقوله
عليه السلام لا ربوا الا في النسيئة وكلمة انما للحصر الا ان عامة الصحابة احتجوا بالحديث المذكور في
المتن • والجواب عما قال ابن عباس من التعلق بالحديث ان هذا منصرف الى ما ليس بمكيل وموزون لانه قال
في آخر الحديث الا ما كيل او وزن على ان ابن عباس رجع عن هذا القول ويدل عليه ما روي عن ابي سعيد الخدري
انه قال لابن عباس الى متى تؤكل الربوا اصحبت رسول الله ما لم نصحب وسمعت ما لم نسمع فقال لا ولكن حدثني
اسامة بن زيد انه عليه السلام قال لا ربوا الا في النسيئة فقال والله لا آواني واياك ظل بيت ما دمت على
هذا القول فرجع وان لم يثبت رجوعه فباجماع التابعين بعده ترفع قوله هذا على قول محمد لا على قولهما
وتاويل حديث اسامة بن زيد انه عليه السلام سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير او الذهب بالفضة
فقال لا ربوا الا في النسيئة بناء على ما تقدم من السؤال وكان الراوي سمع لفظه عليه السلام ولم يسمع
ما تقدم من السؤال او سمع ولم يشتغل بنقله كذا في المبسوط • فالعلة اي علة حرمة الربوا او وجوب
المساواة • قال صاحب الهداية وهو اي القدر يشمل التناول له الكيل والوزن فالقدر عبارة عن امتلاء
المعيار • والجنس عبارة عن مشاكلة المعاني والاصل فيه اي في وجوب المساواة الحديث وهو مذكور في
صحيح مسلم وغيره • في المبسوط بدأ محمد الكتاب بحديث رواه عن ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي
سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة • وهو حديث مشهور تلقته العلماء
بالقبول ولشهرته ظن بعض العلماء انه متواتر وليس كذلك لان حد المتواتر ما استوى طرفاه ووسطه
ولم يوجد ذلك في هذا الحديث ولكنه مشهور يجوز الزيادة على الكتاب به ومداره على اربعة نفر •
من الصحابة رضي الله عنهم عمر وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعوية بن ابي سفيان رضي الله
عنهم مع اختلاف الفاظهم • وفي مبسوط شيخ الاسلام قال الجصاص هذا الحديث يقرب التواتر لكثرة
التواتر لكثرة رواته • **قوله** ومعنى الاول الى اخره وانما زدنا ذلك بدليلين احدهما انه عليه
السلام ذكر حرف الباء في احد المذكورين وهو انما يستعمل في مثل هذا الموضع للمبادلة • والثاني ما
ذكر بعد هذا بقوله واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فقد ذكر البيع عند اختلاف النوعين •
كذا في مبسوط شيخ الاسلام بالرفع مثل اي بيع التمر بالتمر مثل بمثل فكان اخبارا في معنى الامر ثم المراد بقوله
عليه السلام الحنطة بالحنطة ليس بيع ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان حبة منها بحبة منها لا يجوز لعدم •
التقوم مع وجود اسم الحنطة فعلم ان المراد الحنطة الموصوفة بوصف وهي الحنطة التي تدخل تحت المماثلة
بدلالة قوله مثل بمثل • **قوله** والحكم وهو حرمة الربوا او وجوب المساواة باجماع القائلين به اي
القائلين بحجة القياس واحترز به عن قول داود بن علي الاصفهاني ومن تابعه من المتاخرين • وقول عثمان
البتي من المتقدمين فان عندهما حكم الربوا يقتصر على الاشياء الستة • اما داود فلا يرى القياس حجة اصلا •
وعثمان كان يرى القياس حجة ولكن يشترط ان يقوم دليل في كل اصل على جواز القياس عليه ولم يقل ذلك
الدليل ههنا ولانه عليه السلام نص على هذه الاشياء فلا يقاس غيرها عليها ادى ذلك الى ابطال ما نص عليه
عليه السلام كما نص على قتل خمس فواسق فلم يجز قياس غير الخمس عليه • وقلنا قد قام الدليل على اعتبار
القياس فيه وهو ما روى ابن عمر انه عليه السلام قال لا تبيعوا الصاع بالصاعين بالاجماع بل ما يحويه •
كما ان الصاع يحوي هذه الاشياء يحوي سائر المكيلات ايضا • وعن مالك بن انس وابرهيم بن اسحق الحنظلي •

انهما رويا هذا الحديث المعروف وذكرا في آخره وكذلك كل ما يكال او يوزن فهو تنصيص على تعدية
الحكم وروي ان عامل خيبر اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم تمرا جيدا فقال له عليه السلام أوكل تمر
خيبر هكذا قال لا ولكن اعطيت صاعين واخذت صاعا من هذا فقال عليه السلام اربيت هلا بعت تمرك
بسلعة ثم اشتريت بسلعتك هذا بخلاف قوله خمس من الفواسق فان التعليل يغير حكم النص لانه عليه السلام
نص على الخمس فلو اشتغلنا بالتعليل كان اكثر من الخمس فيكون ابطالا للمنصوص وههنا ليس في بيان مال الربوا
ستة ولكنه ذكر حكم الربوا فالاشتغال بالتعليل لا يبطل المنصوص عليه ثم فائدة تخصيص هذه
الاشياء الستة بالذكران عامة المعاملات حينئذ كانت بها على ما جاء في الحديث كانتبايع في الاسواق
بالاوساق والمراد ما يدخل تحت الوسق وما تكثر الحاجة اليه من الاشياء كذا في المبسوط لكن العلة عندنا
ما ذكرناه وهو القدر والجنس وبه قال احمد في رواية الا انه في الذهب والفضة معنا بالاتفاق
الروايات وفي غيره مع الشافعي في رواية • وقال الكرخي العلة مع الجنس الفضل على القدر وهو ضعيف
لانه لا يجوز اسلام قفيز حنطة في قفيز شعير وعلة حرمة النسا احد وصفي علة الربوا الفضل ولو كانت
العلة مع الفضل لما حرم النسا ههنا لانعدام الفضل • وقال ابن سيرين العلة تقارب المنفعة مع
الجنس لوجود ذلك في هذه الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تتقارب في المنفعة وقال مالك
العلة الاقتيات والادخار وما يصلح لذلك في جنس لانه عليه السلام خص بالذكر كل مقتات ومدخر
قال اصحابه تخصيصه البر وما ذكر معه يتعدى به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه من غيره لينبه بالبر
على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به وبالشعير للبر في ذلك وان الترجمة بصفة اخرى من
كونه علفا او قوتا حال الاضطرار فيه الذرة ونحوهما • وبالتمر ينبه على كل حلو مدخر غالبا كالعسل
والسكر والزبيب والملح ينبه على ان ما اصلح المقتات من الماكولات في حكمها كالابازير وما في معناها عندهم
والذهب والفضة عندهم معلل بعلة قاصرة غير متعدية وانهما قيم المتلفات واصول الاثمان كذا
ذكره القاضي عبد الوهاب في كتابه المعونة • وقال الشافعي في القديم العلة الطعم مع الكيل
او الوزن وقال في الجديد العلة هي الطعم في الاشياء الاربعة والثمنية في الذهب والفضة وبه
قال احمد في رواية والجنسية شرط لا تعمل العلة بدونه ولهذا قال الجنس بانفراده لا يحرم النسا
وهكذا في كتبهم وفي الحلية فعلى القول الجديد هل يحرم الربا في الماء فيه وجهان اصحهما انه يحرم
وفي الادهان المطيبة وجهان اصحهما انه يحرم • وفي البزور ودهن السمك وجهان وفي الزعفران
وجهان وفي بزر البصل والفجل وجهان • وقال بعض اصحابه ان الربوا في الذهب والفضة لعينهما
وقال جمهور اصحابه العلة صلاحية الثمنية الغالبة وان شئت قلت جوهرية الاثمان غالبا
والعبارتان تشملان التبر والمضروب والحلي وفي تعدي الحكم الى الفلوس الرائجة وجه والصحيح
من مذهبه انه لا ربوا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة • للشافعي قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام
بالطعام الحديث فذكر الطعام وهو مشتق مشعر بان الطعم علة اذ الحكم متى ترتب على اسم مشتق
مشعر بان الطعم علة اذ الحكم متى ترتب على اسم مشتق كان ماخذ الاشتقاق علة كما في الزاني والسارق
فان الزنا والسرقة علة القطع والحد • والابتداء بالنهي مشعر بان حرمة البيع اصل والجواز بعارض
المساواة اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع احدهما بالاخر حالا والطعام يتناول القليل والكثير
فتثبت الحرمة في الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة
بالجوزتين • والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص النص المعلل وذلك لا يجوز • ولان الشارع نص على شرطي
التقابض والتماثل لجواز البيع في هذه الاشياء فهذا مشعر بان موجبها وصف في المحل ينبي عن زيادة

الغرر

الغرر والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه متى يفيد اصابته بشرط زائد يكون في اعين المتملكين فيعظم
خطره في اعين الناس كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشرط زائد وهو الشهود والولي دون سائر
المعاملات دل على ان المستحق به ما له خطر وهو البضع فتعلل بعلة تناسب اظهار الغرر والخطر وهو الطعم
لبقاء النفوس والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها بها اذ الاموال انما تبقى اموالا اذا دامت
لها اثمان لان ما لا يتبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالا كالكف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء الانفس
بوصف انها ماكولة او وسيلة اليه ولا اثر للجنسية والقدر في ذلك اي في اظهار شبهة الغرر والخطر
لشبوتهما في خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند وجود الجنسية فجعلناها شرطا لا علة والحكم قد يدور
مع الشرط كالاحصان مع الرجم والفرق بينهما بالتاثير وعدمه الا ترى انه عليه السلام عند بيان حكم
الربا ذكر كل الاثمان والنص كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبر انص كل مطعوم يتداوى
والشعير انص علف الدواب • والتمر انص الفواكه والملح انص التوابل فيشعر بان العلة هي الطعم ولو كان
القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكرارا محضا اذ صفة القدر لا تختلف في هذه الاربعة ولهذا قال
مالك ان العلة الاقتيات والادخار لانه خص بالذكر كل مقتات ومدخر كذا في الكافي والمبسوط
وقوله والحكم قد يدور لدفع شبهة ترد على جعله الطعم علة والثمنية علة وهو ان الحكم يدور مع الجنسية
كما يدور مع الطعم والثمنية عندكم ولم تجعل الجنسية علة كما جعلتها حتى تكون احد وصفي علة الربوا فاجاب
عنها فقال نعم كذلك الا ان العلية للوصف الذي له اثر في استجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران
فان الحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان في الزنا اليه اشير في المبسوط • ولنا انه اوجب
الحديث المشهور اوجب المماثلة شرطا لجواز البيع • وهو اي المماثلة على تاويل التماثل وبالنظر الى الخبر هو
المقصود بسوق الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل اذ الباء للالصاق فدل على اضمار فعل
وتبايعوا لقوله عليه السلام بعد ما في رواية اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فذكره عند الاختلاف
يدل على انه المضمر عند الاتفاق • وقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الحديث يدل ايضا اذ النهي
عن الشيء امر بضده • وقوله مثلا بمثل حال لما سبق والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر
للايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال التي هي شرط اي بيعوا بوصف المماثلة وقد تعلق المباح بشرط يجب
رعايته كالاشهاد في النكاح • وروي مثل بمثل اي بيعها مثل بمثل والاخبار بمعنى الامر الا كمه تحقيقا
لمعنى البيع اي الحديث المشهور اوجب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع اذ هو اي البيع ينبئ عن التقابل لان البيع مبادلة
المال بالمال وما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلته كل جزء من اجزائه بمقابله كل جزء من اجزاء الاخر في متحد
الجنس ولو فضل احد العوضين خلا ذلك الفضل على العوض فلا يتحقق مع التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون
استحقاقا فالذلك القدر وذا خلاف قضيته المعاوضة • وقوله او صيانة عطف على قوله تحقيقا يعني اوجب
المماثلة شرطا صيانة للاموال عن التوى لانه لو لم يشترط المماثلة لا استحق الفضل بلا مثله وعوض فيتلف
الزيادة بالاستحقاق بلا عوض فاذا اشترط التماثل تصون على التوى والتلف او تتميما للفائدة اي فائدة
التبايع وهو التقابض اي التسليم والتسلم اذ المشروط له الفضل يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والاخر
يمنع عن التسليم بحكم الشرط لوجود الضرر فيقعان في التنازع وهو فاسد وما يفضي الى الفاسد فاسد
نعم قد يرضى به لكن ربما يندم لان طبعه لا ينقاد ظاهرا لكونه مجبولا على حب المال فيهما يتنازعان
عند التسليم والتسلم كذا في الكافي • وفي المبسوط صاحب الشرع اوجب المماثلة في الجنس الواحد تتميما
للفائدة في حق العاقدين اذ لو كان احد العوضين اقل من الاخر تكون الفائدة تامة في حق احد المتعاقدين
دون الاخر • وفي ايجاب المماثلة اتمام الفائدة لكل واحد منهما • **وقيل** معناه تتميما للفائدة اي بتا

بسبب وجود التقابض ثم سلما نزع المانع عن القبض بالتبايع

السلم يعني في الذهب والفضة اشتراط التماثل بالقبض لانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقق التماثل
فكان تعميم الفائدة فيه باتصال السلم بالتماثل والاول اصح لانه تعليل عام في جميع الاموال وفي المبسوط
روي انه عليه السلام قال بعد ذكر هذه الاشياء وكذلك كل ما يكال او يوزن فقد عطف سائر الاشياء على الا
الستة بصفة الكيل والوزن فدل ان العلة فيهما الكيل والوزن ولو لم تثبت هذه الزيادة فقوله عليه السلام
الحنطة الحديث الى اخرها ذكر في المتن عند قوله اي ثبوت التماثل الذي هو شرط الجواز حرمة الربوا لقوله عليه
السلام والفضل ربوا واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعلة تؤثر في
ايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والثمنية لان ايجاب المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى
لان لكل محدث موجود بصورته ومعناه وانما تقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار
فتحصل به المماثلة صورة والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى • **فان قيل**
حكم النص وجوب المماثلة فاي اثر للكيل والجنس في وجوب المماثلة بل اثرهما في وجودها • **قلنا**
المراد المقصود من الوجوب الوجود ولا يمكن الابتلاء بالايجاد الا بالوجوب لان الوجوب يفضي الى الوجود ولا
يمكن ايجاد المماثلة الا بالقدر والجنس فيكون لهما اثر في وجود المماثلة فاضيف اليه لان حكم النص ايجاب
المماثلة وحرمة الفضل عند فوتهما كذا في جامع قاضي خان • ولا يعتبر الوصف اي وصف الجودة والرداءة
عرفا فان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا لقلته ولهذا تعرف الاموال بالقدر دون الوصف
فيقال كم مائة درهم او دينار اعتبارا للتفاوت بين الجيد والردي ولان في اعتباره اي في اعتبار التفاوت
في الوصف سد باب البيع في هذه الاشياء وهو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا ولا مجازفة
فلم يبق الا حالة التساوي • ولو اعتبر المساواة في الوصف تفسد بياعات هذه الاشياء بجنسها لان الحنطة
لا يكون مثل حنطة اخرى في الوصف لا محالة كذا في مبسوط شيخ الاسلام • وفي المبسوط قيمة الجودة
بالنص والاجماع فان بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم لا يجوز بالاجماع • وما كان لا متقوما
يجوز الاعتياض عنه بالبيع وانما لا يجوز الاعتياض عما فسدت قيمته شرعا كالخمر ونحو ذلك فلما لم يجز الاعتياض
عن الجودة عرف ان لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها • وقوله والطعم والثمنية جواب عن حرف الخصم يعني لما
كان الطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع كما ذكرت فالتسبيل فيهما اي في الاشياء التي تتعلق بها اعظم وجوه المنافع
بالاطلاق اي التوسعة لا التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانس وسائر الحيوانات ان ما كان
الاحتياج اليه اكثر كان امره في الوجود اطلاق والشرع اوسع كالماء والهواء وعلف الدواب واذا كان
كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلا بفساد الوضع اذ علته تقتضي ما يضاد وضعه في الحكم
كايجاب الفرقة باسلام احد الزوجين فعلم بهذا ان قوله فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وقع
فاسدا في مخرجه بل كان ذلك بناء في حكم خطره • وفي المبسوط وتاثير الحاجة في الاباحة لا في الحرمة
كتناول الميتة فانه يحل بكثرة الاحتياج بالضرورة ولا معنى لما قال ان الشرع شرط لجواز البيع في هذه الاموال
بشرطين زائدين • **قلنا** الشرع ما حرم في هذه الاحوال الا ما حرم في سائر الاموال وهو الفضل
الخالي عن العوض الا ان الفضل في سائر الاموال وهو الفضل الخالي عن العوض الا ان الفضل في سائر الاموال
يثبت بالشرط وههنا يثبت شرعا بدون الشرط • وقوله كاشتراط الشهادة غير قوي لان هذه الاموال
بذله كسائر الاموال حتى يحل بها ولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير عوض وهو الهبة بخلاف البضع
فانه مصون عن الابتذال ملحق بالنفوس فيجوز ان يشترط في الملك عليه زيادة شرط لاظهار خطر المحل
واما قوله اسم مشتق كان ماخذ الاشتقاق علة • **قلنا** نعم هكذا اذا كان المعنى صالحا لهذا كما
ذكرنا فلا • واما قوله ان سياق النص يشعر بكون الحرمة اصلا • **فقلنا** ليس كذلك لما بينا ان النص اوجب

المساواة وحرم التفاضل لوجود العلة وعند الشافعي ومالك واحمد في رواية لا يحرم في غير المطعوم
والمقتات لعدم العلة وجواز البيع اصل في الاموال والحرمة بناء على فوات المساواة لان ما يوجب احكام
الضدين يقتضي نفي الضد الاخر اذا كان مفوتا له الا ترى ان الامساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل •
والشرب وههنا كذلك وكان الجواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص وان كان مخلصا فهو مخلص في
حال التساوي وعلة الربوا في حالة الفضل والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح يثبت الحل
في المنكوحة والحرمة في امها • **وانما قلنا** ان الجواز فيها اصل لانه عليه السلام قال الحنطة بالحنطة
مثل بمثل فاوجب المماثلة لجواز العقد ثم جعل الفضل بعد ذلك المماثلة ربوا بقوله والفضل ربوا فكان
سياق النص دليلنا اشير الى الكل في المبسوط وما احتج من قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام الى اخره
خبر لا يعرف ولا ذكره احد في كتاب مسند • وانما المروي الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلا بكيل وهذا
لا ينافي ولا الا ما ركان منه كذا في شرح مختصر الكرخي فلا معتبر بما ذكره اي الشافعي واذا ثبت هذا اي ما
ذكرنا ان العلة القدر والجنس عندنا مطعوما كان او غيره جاز بيع المكيل بمثله سواء كان مثلا بمثل وقوله
الا ترى توضيح المماثلة في المعيار فان قوله كيلا بكيل بمنزلة التفسير لقوله مثلا بمثل اذ كلام الشارع
يفسر بعضه بعضا • وقوله وان تفاضلا عن طريق التغليب لان المراد منه وان فضل احدهما على الاخر
لاهدار التفاوت في الوصف شرعا وعرفا وصح ونه كما بينا • قوله ولا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين
اي الخلاف لا ينحصر فيهما بل لا يجوز عنده بيع تمرة بتمرتين وجوزة بجوزتين وبيضة ببيضتين وبطيخة
ببطيختين وسفرجلة بسفرجلتين وما اشبههما • **قوله** وما دون نصف صاع لان ما دون النصف
لا تقدير فيه شرعا بخلاف النصف فان الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر وغيرها وفي المبسوط
هذا اذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف اما اذا بلغ احدهما حد النصف والاخر لم يبلغ او الزمن
النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز والفقه فيه ان سقوط قيمة الجودة في الاموال الربوية باعتبار شرط
تحقق المساواة وقد ذكرنا ان المساواة بالكيل الشرعي في الكيلات فكانت المساواة حينئذ باعتبار الذات
ويظهر الفضل الخالي عند المقابلة فيكون الواحد بالاثنين او اكثر فيحرم بخلاف الحفنة بالحفنتين فان كل واحد
من البدلين ههنا يقابل بالاجزاء في البيع من غير اعتبار القفيز وهو المسوى الشرعي فيكون اعتبار الجودة قيمة
فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة • واذا قوبلت الحفنة بالحفنتين يجعل كان الحفنة التي الجيد تقابل بجودتها
الحفنتين كانهما في الجودة دونها فيتساويان في القيمة وان لم يتساويا في الذات فيجوز • وفي الاسرار
ما دون الحبة من الفضة والشعير من الذهب لا قيمة له ورد في جمع التفاريق • **قيل** لا رواية في الحفنة
بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربوا لا يجوز عندنا وبه قال احمد في الجص في رواية وفي الحديد
باتفاق الروايات • وعنده اي عند الشافعي وبه قال مالك في رواية • اما لو تبايعا وزنيا بوزني
وهو مأكول او مشروب كالدهن والزيت والخل لا يجوز الا وزنا بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج •
اما عندنا فلوجود الجنس والوزن • واما عند الشافعي واحمد في رواية لوجود الطعم • واما عند مالك
لوجود الادخار والمعنى المضموم وهو القدر اليه اي الى الجنس وذلك كبيع الحنطة بالدراهم او النسا
والنسا بالمد لا غير • **فان قيل** عدم العلة لا يدل على عدم الحكم • **قلنا** الاصل في الاشياء جواز
البيع مطلقا والاباحة الا ان الشرع اعتبر التحريم بوصف فاذا وجد ذلك الوصف قلنا بالتحريم ونفوا
قال احمد في رواية وقال الشافعي ومالك لا يحل النسا في بيع المطعومات بعضها ببعض سواء كان من جنس
واحد او لا • ويشترط التقابض في المجلس • وعندهما حرمة النسا ووجوب التقابض مثلا زمان فيه
لقوله عليه السلام الذهب بالذهب يدا بيد والدنانير بالدنانير يدا بيد والتمر بالتمر يدا بيد والملح بالملح

بيد • وقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد وفي رواية بعد ان يكون يدا بيد
وذلك عبارة عن القبض كذا في تتمتهم والاصل فيه اي في البيع الاباحة لقوله تعالى واحل الله البيع فلا يعدل
عنه الا بالعلة الموجبة للربا ولم توجد • واما قوله عليه السلام يدا بيد يحتمل ان يكون المراد عينا بعين
ويحتمل ان يكون المراد قبضا بقبض لان اليد تذكر ويراد به ما يحصل باليد والتعيين يحصل بالاشارة باليد
والقبض يحصل باليد واذا احتمل هذا وذاك فلا بد من الترجيح • فقال الشافعي وبعض اصحابنا المراد به
القبض لسياقه في حديث ابن عمر فانه قال في الصرف من يدك الى يده وان استنظرك من خلف سارية فلا
تنظره وان وثب على السطح فثب معه ولكن الاصح ان المراد به التعيين لانه لو كان المراد به القبض لقال
يدا من يد لانه يقبض من يد غيره لا بيد غيره الا ان التعيين في النقود لا يصح الا بالقبض لانها لا تتعين في
العقود بالاشارة فكان اشتراط القبض فيه ليتحقق التعيين المنصوص عليه واليه اشار في حديث عمر بما
وهاء اي يدا بيد كذا في المبسوط • قوله واذا وجد احدهما اي احد الوصفين حل التفاضل وحرم النساء
حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وهي بانفرادها تحرم النساء • وقال مالك لا يجوز
بيع حيوان بحيوان من جنسه يقصد بهما امر واحد من ذبح او غيره والحجة عليه ما روينا • وقال الشافعي الجنس
بانفراده لا يحرم • وفي الحلية وما عدا الذهب والفضة والماكول والمشروب لا يحرم فيه من جهات
الربا وهي النساء والتفاضل والتفرق حتى لو اسلم هرويا في هروي لا يجوز عندنا ويجوز عنده • وكان مالك
يقول ان اختلفا في الصفة يجوز فكان يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة • ولو اسلم هرويا في مروي
جاز عندنا وعند الشافعي وابن ابي ليلى لا يجوز لان الاصل متحد وهو القطن فكانه جعل اختلاف الجنس
باختلاف الاصل • وعندنا الصنعة مختلفة فصارا باختلاف الصنعة كاختلاف الجنس • وجه قول الشافعي
ما روي عن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فعزت الابل فامرني بان اشتري بعيرا ببعيرين
الى اجل وهذا يكون سلما • وعن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل • والمعنى ان التاجيل في احد البدلين
يظهر التفاوت في احدهما حكما والتفاوت حقيقة بان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز فالتفاوت
حكما اولى كذا في المبسوط • وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره • ولنا نهيه عليه السلام
عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يحمل هذا على النسيئة من الجانبين لان ذلك مستفاد من نهيه عن الكالي بالكالي
ولانه عليه السلام سوى بين الجنسية والقدر في اول الحديث • ثم قال واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم بعد ان يكون يدا بيد فهذا نفي ربا النسيئة بنفي ما هو فيه من الجنسية فكان ذلك تنصيصا على ثبوت
ربوا النسيئة عند وجود الجنسية لانه متى ثبت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خص احدهما بحكم كان
ذلك تنصيصا على ثبوت ذلك الحكم بالشيء الآخر كالرجل يقول سو بين زيد وعمرو في العطية • ثم قال
اعط زيدا درهما كان ذلك تنصيصا على ان يعطي عمروا ايضا درهما • وتاويل ما روي من الآثار انه كان
قبل نزول آية الربا او كان ذلك في دار الحرب ولا يستقيم اعتبار ربا النساء بربا الفضل لاتفاقنا
ان ربا النساء اعم حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير بالاجماع وان كان لا يثبت في بيعها ربوا الفضل ولان
الشيء في جنسه يؤدي الى اخلاء العقد عن الفائدة وان يكون الشيء الواحد عوضا ومعوضا والى فضل خال
عن العوض مثلا لو اسلم هرويا في هروي يستلزم تسليم راس المال في الحال ثم اذا حل الاجل يرد ذلك
الثوب بعينه والمقبوض بحكم السلم في حكم عين ما تناوله العقد فلم يكن مفيدا شيئا ويكون الثوب الواحد عوضا
ومعوضا • ولو اسلم هرويا في هرويين لو جوزنا ذلك لكان اذا حل الاجل اخذ ذلك الثوب منه بعينه وثوبا
آخر والثوب الآخر يكون فضل مال خال عن العوض مستحق بالبيع وهو الربوا بعينه كذا في المبسوط • وفي المجتبى
زاد بعد قوله فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد • وعن ابن عمر لما قال عليه السلام لا تبيعوا الصاع بالصاعين

والدرهم

والدرهم بالدرهمين قام رجل فقال يا رسول الله انا نبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالنجائب فقال عليه السلام
لا بأس بذلك ولا خير فيه نسيئة فيثبت بالحديثين ان احد الوصفين كان علة لحرمة النساء • قوله نظرا الى
القدر اي في الحنطة والشعير او الجنس او في الثوب الهروي وهي اي شبهة الربوا مانعة عن الجواز في بيع
النسيئة كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا لان كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب
العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلة فبوجود القدر او الجنس تثبت شبهة العلة فيثبت بشبهة
العلة شبهة الربوا • وفي النساء لما كان النقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا فيه ونهى
عليه السلام عن الربوا والريبة وهي شبهة الربوا ولا يقال انه بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم
لانا نقول هو علة تامة لحرمة النساء كما ذكرنا • وان كان جزء العلة لربوا الفضل شبهة فلا يؤدي
الى توزيع اجزاء الحكم على اجزاء العلة • فان قيل في هذا اشارة الى شبهة الشبهة لان النقدية شبهة
الفضل فيما اذا كان المال مال الربوا من كل وجه كما في اسلام الحنطة في الحنطة فاذا كان المال
مال الربوا من وجه دون وجه يكون ما هو شبهة في الحقيقة شبهة الشبهة ههنا والمعتبر هي الشبهة
دون النازل عنها • قلنا شبهة الشبهة انما لا تعتبر في باب الحرمات لكون الشبهة ملحقة بالاصل
وكون الشيء ملحقا بغيره مما ينافي كونه اصلا فامتنع الحاق غيره به وهذا المعنى معدوم ههنا لان حرمة شبهة
الربوا ثابتة بالنص المحرم قصدا وهو نهيه عليه السلام عن الربوا والريبة والريبة عبارة عن شبهة
الربوا لا بطريق الحاقها بالحقيقة فامكن الحاق شبهة الشبهة بالشبهة ههنا لكون الشبهة اصلا في التحريم
كذا في الفوائد الظهيرية • وقوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل
التفاضل وحرم النساء فان ذلك اللفظ باطلاقه يتناول ان كل ما يوجد فيه احد وصفي الربوا من
الجنس والقدر لا يجوز اسلام احدهما بالآخر وههنا يجوز اسلام النقود في الزعفران ونحوه مثل القطن
والحديد مع وجود احد الوصفين وهو الوزن فقال انهما لا يتفقان في صفة الوزن • وفي الايضاح
اختلف تعليل مشايخنا في ذلك على وجهين احدهما انه انما جاز ذلك لان الشرع رخص في السلم والاصل في
راس المال هو الدراهم والدنانير فهي • قلنا بامتناع الجواز لوجود احد الوصفين ينسد باب السلم في الموزونات
على ما عليه الاصل والغالب فان شرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الفرق • والثاني ان الوزن في
الدراهم والدنانير وسائر الموزونات كان مخصوصا فقد اختلف معنى تعيين المستحق فان من اشترى دراهم
او دنانير موازنة لم يكن له ان يبيعها موازنة حتى يعيد الوزن فاذا اختلف معنى الوزن من هذا الوجه
يقول اذا اتفقا في الوزن من كل وجه امتنع النساء لشبهة الربوا لوجود احد وصفي العلة فاذا وجد
الاتفاق من وجه دون وجه انحطت الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وهذا بخلاف لما مر في
الفوائد الظهيرية • وفي المبسوط رد الوجه الاول من التعليل ذكره في تفسير قول ابرهيم النخعي فقال
وقوله لا تسلم ما يوزن فيما يوزن غير مجرى على ظاهره بل المراد اذا كانا متفقين بان كانا مثمنين
كالزعفران مع القطن • فاما اذا كانا مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو اسلم النقود في الزعفران مع القطن
ثم قال والعراقيون من مشايخنا يقولون الجواز للحاجة لان راس المال يكون من النقود عادة والحاجة
تمس الى اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعا ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل الشرعية ولسنا
نقول به بل نقول الدراهم مع الزعفران وان اتفقا في الوزن صورة لكن اختلفا معنى وحكما الى آخر ما ذكر في
المتن فيجوز اسلام احدهما في الآخر • الصنجات بالتحريك جمع صنجة والصنجة سنك ترازو واصبحة الميزان
الميزان معربة ولا يقال سنجة بالسين عن ابن السكيت • وفي المغرب الصنجات جمع صنجة بالتسكين وعن الفراء
السين افصح وانكر القتبي بالسين اصلا • باع بالنقود اي باع الزعفران بالنقود • وفي بعض النسخ لو باع النقود

بالعروض وهكذا في الايضاح وكتب شيخ شيخي في حاشية كتاب المبسوط باع بالنقود • يتعين اي الزعفران بالتعيين وان كان قصد الوزن وهو اي النقود ممن علي تاويل ما يوزن بالسنجات لا يتعين بالتعيين يعني اذا كان الوزن بقصد التعيين بان باع منا من هذا الزعفران ثم وزن منا منه ثم وزنه يقصد ان تعينه يتعين وفي النقود لا يتعين بالوزن وان وزنه بقصد التعيين فعلم انهما مختلفان في صفة الوزن • ولو باع بالنقود موازنة اي بشرط الوزن ووزن المشتري الثمن بعينه البايع ثم سلمه الى البايع يجوز للبايع التصرف فيه قبل ان يزنه ثانيا • ولو باع الزعفران بشرط الوزن فوزنه البايع في غيبة المشتري وسلمه اليه ليس له ان يتصرف فيه قبل ان يزنه ثانيا فعلم انهما مختلفان • وقوله صورة ومعنى وحكما على طريق اللف والنشر فصورة يرجع الى ان ذلك يوزن بالامنا وذا بالصنجات ومعنى الى قوله تتعين بالتعيين وحكما الى قوله لا يجوز التصرف فيها قبل الوزن فيزيد الى شبهة الشبهة يعني لو اتفق البدلان في الوزن من كل وجه ولما كان من اموال الربوا كان في النسية فيهما شبهة الربوا كما لو اسلم الحديد في القطن ولما لم يتفق هنا وهو ما اذا اسلم النقود في الزعفران في الوزن من كل وجه بل اختلف صورة ومعنى وحكما كان اتفاق الوزن فيهما شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وينبغي ان يعتبر لما ذكرنا من السوال والجواب من الفوايد الظهيرية • **فان قيل** لما كان شرط عدم جواز السلم اتحاد البدلين في الوزن او في الكيل او في الجنس ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة او الشعير في الدراهم او الدنانير حيث لم يجمعهما كيل ولا وزن ولا جنس ومع ذلك لا يجوز سلما • **قلنا** انما كان كذا لان الدراهم او الدنانير لا تصلح ان تكون مسلما لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية • وهل يجوز بيعا • **قيل** ان كان بلفظ البيع يجوز البيع بثمن موجل وان كان بلفظ السلم فقد **قيل** لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن موجل كذا في الذخيرة • وفي المجتبى ثم لا بد من معرفة اتحاد الجنس واختلافه • وفي الكفاية اختلاف الجنس يعرف باختلاف الجنس اسم الذات فالمقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا والشافعي وعند مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما • **وقلنا** انهما جنسان لكونهما مختلفين اسما ومعنى • وقوله الطعام بالطعام يفسره الحديث المشهور بقوله الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير وايراده بما يدل على انهما جنسان او اختلاف المضاف اليه او المنتسب فالثوب الهروي والمروي جنسان او اختلاف المضاف اليه والمنتسب فالثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بالصنعة وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان جنسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر جنسان ولحم البقر والجاموس والضان والمعز كذلك والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس • وقال الشافعي الادهان المطيبة جنس واحد حتى لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلة وان اختلفت روايحها هذا فيما اتحد اصله وفيما اختلف اصله له قولان ويجوز بيع قفيز سمسم مربا بقفيزي غير مربا وجعل فضل هذا تطيب ذلك ولا يجوز بيع رطل من زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة • **قوله** مكيلا ابدا لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا ابدا وبه قال الشافعي ومالك واحمد • اتفقت الروايات عن اصحابنا ان ما ثبت بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنا وان تماثلا كيلا لا يجوز كذا في الذخيرة لان النص اقوى وذلك لان العرف يحتمل ان يكون على الباطل كتعارف اهل زماننا باخراج الشرج والشموع الى المقابر في ليالي ايام العيد • واما النص بعد ثبوته فلا يحتمل ان يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا • واما النص فحجة على الكل ولان العرف حجة بالنص وهو قوله عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • وفي المجتبى ثبت بهذا ان ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعة بالخريفية موزونا متساويا او متفاضلا او نسية لا يجوز • دلالة اي العادة دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه العادة لقوله عليه السلام لا تجتمع امتي على الضلالة

دخول

دخول الحمام وشرب ماء السقاية ولان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص • وعند الشافعي ما كان مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالمعتبر فيه الكيل وما كان موزونا على عهده عليه السلام فالمعتبر فيه الوزن وما كان مستخرجا من اصل فهو ملحق باصله لانه تبع له وما لم يكن على عهده عليه السلام او لم يعرف انه في عهده عليه السلام كيف كان فالمرجع فيه الى العرف لما روي انه عليه السلام قال المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة وما لم يكن فيه عرف بالحجاز وليس يوجد ذلك الا بالحجاز فان كان اكبر جرما من التمر ولانه يتجافى في المكيال ويكثر التفاوت • وان كان مثل التمر او اصغر اختلف الاصحاب على طرق قال بعضهم يعتبر التساوي بالكيل لانه اعم المعيارين فان اربعة اشيا من الستة التي هي الاصول في الربا مكيلات وقال بعضهم يعتبر التساوي بالوزن لانه ادق المعيارين • وقال بعضهم يرد الى اقرب الاشيا شبها به بالحجاز كما يرد الصيد الذي لم يحكم فيه الصحابة بحكم الى اقرب الاشيا شبها به كذا في تتمتهم • وجوابنا عن حديثه ان ذلك في نصاب الزكوة والكفارات لان الامة اجمعت على خلاف ذلك في البياعات لان النص على ذلك اي تنصيص النبي عليه السلام على الكيل والوزن باعتبار العادة وكانت هي اي العادة المنظور اليها • وقد تبدلت اي العادة • **وقلنا** تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا في ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما بينا كذا في المبسوط عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وتوهم الفضل لانه لا يعرف المساواة فيما هو المعيار شرعا وهو الكيل فلم يجز كما لو باع مجازفة • وقوله الا انه استثنا على قولهما فانه على قولهما يلزم ان لا يجوز السلم فيهما وزنا لعدم المستوى وهو الكيل ولكن يجوز باعتبار ان شرط الاسلام كون الشيء معلوما لان الحنطة وزني وجواز السلم فيهما وزنا على اختيار الطحاوي وذلك ان المماثلة في السلم فيه لا تشترط لجواز السلم وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانهما مكيلان بالنص والفتوى على عادة الناس كذا في الكافي وفي المبسوط لا خير في بيع الحنطة بالحنطة مجازفة لان المساواة في القدر شرط • وقال مالك يجوز بيع الطعام بالطعام بالحزر والتخمين في البادية لتعذر الكيل كما في العرايا • **وقلنا** التعذر غير مسلم لانه لا يتعذر في البادية الحفنة او القصعة وليس الشرط الكيل بالصاع كذا في تتمتهم • ولو تبايعا مجازفة ثم كيلتا بعد ذلك فكانتا متساويتين لم يجز ايضا عندنا وبه قال الشافعي وعند زفر يجوز لان شرط الجواز وهو المماثلة تبين انه كان عند العقد وان لم يكن معلوما للمتعاقدين • **وقلنا** العلم بالمساواة عند العقد شرط للجواز لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما موهوما وما هو موهوم الوجود جعل كالمتحقق فيما بني امره على الاحتياط وكذا لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا لان الحنطة مكيلة وكان الشرط المماثلة في الكيل وبالمساواة في الوزن لا يعلم المساواة في الكيل وهذا بخلاف ما لو اسلم فيها وزنا حيث يجوز على اختيار الطحاوي لان الشرط في السلم الاعلام لا المساواة وفي التتمة فيه روايتان • وفي المجتبى لو باع تمرا بتمر وزنا والكيل متفاوت فيه قولان وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات • وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوي وفي العكس • وعن محمد التمر وزنا لا يجوز • **فان قيل** ما الفرق بين الوزني نصا والوزني عادة في متحدي الجنس كما في انائين مصوغين من الحديد او الشبه • وانائين مصوغين من ذهب او فضة **قلنا** الفرق ان البيع مع الفضل وزنا يجوز في الاول دون الثاني فانه ذكر في المبسوط ولا باس ببيع اناء مصوغ باناء مصوغ من جنسه وان كان اكثر منه في الوزن اذا كان ذلك الاناء لا يباع وزنا لانه عددي متقارب كالثياب بخلاف اواني الذهب والفضة فانه يجري فيها ربوا الفضل وان كان لا يباع وزنا عادة لان الوزن فيهما منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة لان العادة لا تعارض النص • واما في الحديد ونحوه فصفة الوزن ثابتة بالعرف وتعارف الناس بيع المصنوع منه عددا **قوله** كما ينسب الى

الرطل الى آخره يعني كل ما يجري فيه الارطال والامنا فهو وزني وما يجري فيه الكيل فهو كيلي • ويحكى عن ابي
جعفر الهندواني انه قال هذا تفسير ما ذكر في بيوع الاصل كل شيء يقع تحت كيل الرجل فهو وزني مثل الاوقية
في الدهن ونحوه حتى يجري فيه الربوا بعلة الوزن ولا يجوز اسلامها في الموزونات فان الاوقية ونحوها احدث
في الادهان للتيسير فان في وزن كل قدر بالامنا والسنجات منها بعض الحرج لانه لا تمسك الا شيوعا وفي
وزن كل وعاء حرج كذا ذكره الامام المحبوبي والامام السرخسي في مبسوطه • وقال الامام الاسبيجابي
وفايدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز • وقوله بخلاف
سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت بطريق الوزن والرطل بالفتح والكسر نصف من وقال ابو عبيد
وزن الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة • والاوقية بالتشديد اربعون درهما وهي افعولة من
الا انها تقى صاحبها من الضر وعند الاطبا الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا
استار وفي كتاب العين الاوقية وزن من اوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل كذا في المغرب • وفي الصحاح
الاوقية في الحديث اربعون درهما كذا في المغرب • **قوله** وما سواه اي ما سوى جنس الاثمان يعتبر فيه التعيين
لا التقابض في المجلس وقال الشافعي ومالك يشترط التقابض في المجلس في بيع الطعام اي كل مطعوم سواء
اختلف الجنس او اتحد يدا بيد والمراد القبض يدا بيد لانها آلته ولان التاخير كزيادة الى احد العوضين يعني
يتعاقب القبض يلزم مزية المقبوض على غيره اذ ينتفع بمقبوض بلا واسطة فيتحقق شبهة الربوا وشبهته
مانعة كالحقيقة كما في الحال والموجل ولانه المراد في النقدين فكذا في غيرهما • ومعنى قوله يدا بيد
عينا بعين لما ذكرنا انه يحتمل هذا وذاك والحمل على التعيين اولى برواية بن الصامت وبما ذكرنا من المعنى •
فان قيل انكم قلتم على اشتراط القبض في البدلين في بيع الصرف بقوله عليه السلام يدا بيد ثم
تستدلون بهذا اللفظ بعينه على اشتراط التعيين في بيع الطعام واللفظ الواحد لم يفد حكمين مختلفين
الا بطريق تعميم المشترك في الاثبات او بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز • **قلنا** لم يختلف حكمه بل المراد في
كلتا الصورتين التعيين الا ان تعيين كل موضع يختلف حسب حاله ففي الدراهم والدنانير التعيين لا يكون الا
بالقبض اذ هما لا يتعينان في الفسوخ فكان القبض هناك من ضرورة وجوب التعيين لا ان يكون القبض مرادا • اما
الطعام فمما يتعين بالتعيين ثمنا كان او مثمنا فلم يحتج في تعيينه الى القبض هذا الجواب على اصلنا • اما على
اصل الشافعي لا يستقيم فان عنده يتعين الدراهم والدنانير بالتعيين فلم يكن القبض من ضرورته **فان قيل**
كونه مما يتعين بالتعيين لا يسقط اشتراط التقابض كما في بيع اناء فضة باناء فضة او باناء ذهب حيث يشترط
فيهما التقابض مع انهما مما يتعين بالتعيين على ما يجيء في الصرف • **قلنا** الحق الا انا ان يتعين بالتعيين
بسبب الصنعة لكن لم يسقط عنهما شبهة عدم التعيين لكونهما ثمنا خلقة فيشترط القبض اعتبارا للشبهة
في الربوا بخلاف الطعام فانه ما خلق للثمنية فلا يكون فيه شبهة عدم التعيين فلما تعين بالتعيين اغنانا
عن التقابض اليه اشير في المبسوط حيث قال بخلاف الصرف فان هناك لا يشترط القبض الذي هو حكم
العقد وانما يشترط التعيين لان التعيين شرط العقد بدليل قوله عليه السلام عن بيع الكالي بالكالي
والنقود لا يتعين بالعقد وكان اشتراط القبض للتعيين • **فان قيل** المراد من قوله يدا بيد القبض لانه
روي في بعض الروايات عينا بعين فلو كان المراد به عينا بعين يصير عينا بعين يصير تكرارا وحمل كل لفظ
على فايدة جليلة اولى • **فان قيل** هذه الرواية تفسير للمحمل كما ذكرنا ان قوله يدا بيد يحمل معنيين اذ لو
كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فايدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فنعلم ان قوله عينا بعين
تفسير لقوله يدا بيد • وقوله وتعاقب القبض جواب عن قوله يتعاقب القبض عرفا فان التجار لا يفضلون
بين المقبوض وغيره بعد ان يكون حالا فلم يتحقق فضل احدهما فيجوز بخلاف الحال والموجل واشتراط القبض

في الصرف للتعيين كما ذكرنا لا لنفسه وغير النقود يتعين بالتعيين فلا حاجة الى القبض • **قوله** لانعدام المعيار
وهو الكيل يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع الا في محل قابل له وهذا المحل لا يقبله فلم يشرط
التساوي فيه فبقي على الاصل وهو الاباحة • وقال الامام التمرتاشي هذا اذا كان البدلان نقدين اما
لو كان كلاهما او احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا • **فان قيل** الجوز والبيض جعلا امثالا
في ضمان المستهلكات فينبغي ان لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لشبهة الربوا • **قلنا** لا مماثلة بينهما حقيقة
للتفاوت صغرا وكبرا الا ان الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت في نحو ضمان العدوان فيعمل ذلك في حقهم
دون الربا الذي هو حق الشرع كذا في الذخيرة • **قوله** باعيانهما احترز به عما اذا باع بغير عين احدهما
او كلاهما فانه لا يجوز بالاتفاق لان غير المعين ان كان كلا البدلين يلزم الكالي بالكالي وان كان احدهما
يلزم النسا والجنس بانفراده يحرم النسا وقال محمد لا يجوز وبه قال الشافعي في وجه كما لو باع الدرهم
بالدرهمين لان الفلوس الرائجة ثمن باصطلاح الكل حتى لا يتعين بالتعيين في العقود كالنقدين الا ترى انهما
لو قوبلت بخلاف جنسها لا يتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت قبل التسليم لا يبطل العقد • ولو
استبدل بها صح فكذا اذا قوبلت بجنسها لاستواء الجنس وغير الجنس فيما يتعين بالتعيين كالمكيل وفيما
لا يتعين بالتعيين كالذهب والفضة والثمنية باصطلاح الناس فانه لا يصير ثمنا باصطلاحهما لانه
خلاف العرف والشرع وخلاف وضعهما لانها في الاصل من العروض والدليل على ان الثمنية بالاصطلاح
ان الفلوس ثمن الخسيس دون النفيس وانها تروج في بعض الاوقات دون البعض بخلاف الذهب او الفضة
ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وبه قال الشافعي في الاصح ومالك فيبطل باصطلاحهما تصحيحا للتصرف فهذا قوله
ولا يعود وزنيا جواب لاشكال ذكره في المبسوط فقال فان قيل تحت هذا الكلام فساد عظيم فانه
اذا خرج عن ان يكون ثمنا في حقهما كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن
في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد • **قلنا** الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية
والعد وهما اعرضا في هذه المبايعة عن اعتبار صفة الثمنية وما اعرضا عن العد فيها وليس من
ضرورة خروجها في ان يكون ثمنا من حقهما خروجها من ان يكون عدديا كالجوز والبيض فانه عددي
وليس بثمن الكالي من كلا الدين تاجر كلوا فهو كالي • **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق
لا متساويا ولا متفاضلا ولا بالكيل وغيره لعدم امكان المماثلة بينهما • وفي بيع احدهما بالآخر
شبهة المجانسة فيكون فيه شبهة الفضل وبه قال الشافعي والثوري واحمد في رواية • ونقل عن
الشافعي انه يجوز بيع الحنطة بالدقيق متساويا وليس بثبت وبه قال مالك واحمد في اظهر الروايتين
الا ان مالكا يعتبر الكيل واحمد يجوز بالوزن فقالا الدقيق نفس الحنطة الا ان اجزاءها قد تفرقت فاشبه
بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات وكذا الخلاف في بيع الحنطة بالنخالة لان المجانسة باقية
من وجه لان بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير شيئا آخر ولهذا حرمة ربوا
الفضل بين الدقيق والحنطة زايلة من وجه لان اختلاف المجانسة انما يثبت باختلاف الاسم والصورة
واختلاف المعاني كما بين الحنطة والشعير • وهنا ان نظرنا الى الاسم فالاسم قد زال لانه لا يسمى حنطة
ولهذا قالوا من وكل رجلا بشراء حنطة له فاشترى له دقيقا لا يجوز • والصورة متبدلة والمعاني
مختلفة فانما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق من التبذير واتخاذه هريسة وسويقا والمجانسة زالت
من وجه وبقيت من وجه وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن لكنه زال بالطحن
من حيث ان المجانسة ثابتة من وجه لا يزول • ومن حيث ان المجانسة قد زالت يزول والحرمة كانت ثابتة بلا
يزول بالشك واذا ثبت الربوا بينهما لم يثبت المخلص بالتساوي كيلا في هذه الحالة لان الشرع انما اعتبر

بالكيل مخلصًا عن الحرمة حال قيام المجانسة من كل وجه حيث قابل الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل كيلًا بكيل •
كذا في مبسوط شيخ الإسلام خواهرزاده • **فإن قيل** لو ثبتت الحرمة هنا تثبت حرمة مطلقة لا تنتهي
بالمساواة والنص أوجب حرمة موقتة مطلقة لا تنتهي بالمساواة والنص أوجب حرمة موقتة تنتهي
بالمساواة • **قلنا** الحرمة ههنا تثبت بالشبهة والحرمة الموقتة هي الحرمة الثابتة بحقيقة الفضل
وشبهة الحرمة غير موقتة ألا ترى أن في النسا الحرمة ثابتة مع أنه لا يكون الفضل على المعيار الشرعي •
يثبت بنهيه عليه السلام عن الربوا والريبة لا كتناز بما فيه أي في الكيل والاكتناز أكنده شدن مغز و
خوشه واغ بدان مانند يقال اكتنز الشيء اكتنازًا اجتمع وامتلأ ويقال أجزاؤه متخلخلة أي في خلالها
فرج • وفي المبسوط لا يعارف التساوي بين الدقيق والحنطة لأن الدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة
تطحن ولا يدري أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا وإذا لم نعلم التساوي بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع
أحدهما بالآخر وكذا بيع الحنطة بالنخالة فالنخالة أجزاء الحنطة كالدقيق إلا أنه جزء خشن والدقيق جزء
لين وقال الشافعي بيع الحنطة بالنخالة يجوز عنده وكذا بيع الحنطة بالسويق لما ذكرنا في الحنطة
والسويق أجزاء حنطة مقلية • والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية • **فإن قيل** ينبغي أن يجوز بيع الحنطة
بالسويق لعدم الاكتناز في السويق • **قلنا** الحرمة باعتبار الشبهة وهي كافية لثبوت الحرمة
فإن السويق في ضمن الحنطة فيتحقق شبهة الجنسية كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساويًا حال وكذا كيلا حال والعامل في متساويًا كيل بيع • وفي كيلا لفظ متساويًا وفي
الذخيرة يجوز استقراض الدقيق كيلا • وقال الشافعي لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق • وفي تتمتهم نص الشافعي
في القديم والجديد أنه لا يجوز • وحكى البويطي والمزني عن الشافعي جوازه وهو مذهب أحمد ومذهبنا وفي
حلية المؤمن وهو القياس والاختيار • وجه قول الشافعي أن الدقيق لا يعدل في الدخول تحت الكيل فإنه
يكبس بالكبس وعند الكيل لا يكون معيارًا شرعيًا إلا فيما يعدل في الدخول تحت الكيل • ولهذا قال لا يجوز
بيع الباقلا بالباقلا والرطب بالرطب والمطعوم إذا قوبل بجنسه فشرط جواز البيع عنده التساوي في المعيار •
الشرعي وذلك لا يوجد فيما لا يعتدل في الكيل لتحقق الشرط وهو التساوي في الكيل فيما هو مكيل والكيل معيار
شرعي في الكيل ويعرف كونه مكيلًا بعرف الناس فإنهم يكيلونه كالحنطة ولهذا جاز السلم فيه كيلا وكذا يجوز استقراضه
كيلا وما يتوهم من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة أيضًا ثم سقط اعتباره ووجب بناء الحكم
على الوسط من ذلك فكذلك الدقيق كذلك في المبسوط وفي الذخيرة • وعن الإمام الفضلي أنه يجوز إذا
تساويا كيلا إذا كانا مكبوسين وفي الدقيق بالدقيق وزنًا روايتين فكذا بيع أجزائهما أي أجزاء المقلية
وهي السويق وأجزاء الحنطة وهي الدقيق وبقول أبي حنيفة قال الشافعي • وفي المبسوط لأبي حنيفة طريقان •
أحدهما أن السويق أجزاء حنطة مقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز
بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق تحقيق هذا أنه لما جعلا جنسًا واحدًا قبل الطحن فعرف أنهما جنس واحد
بعد الطحن لأن عمل الطحن فيهما بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس وإذا كان كذلك يجب التساوي كيلا
ولا تظهر تلك المماثلة فلا يجوز العقد • والثاني أن بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربوا الفضل لا يثبت
إلا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فعرف أن المجانسة باعتبار ما في الضمن والذي
في ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما ثبت بين الحنطة والسويق باعتبار ما في
الضمن قبل الطحن وليس فيه أكثر من أنه فات في السويق بعض مقاصد الحنطة وبه لا يختلف الجنس كالحنطة
المقلية بغير المقلية والعلكة مع الرخوة فإن المقلية لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك عنها وغير
المقلية يصلح لذلك كله ولا يوجب اختلاف الجنس فكذلك السويق مع الدقيق • **قوله** لاختلاف المقصود

لأنه يعتقد

لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصايد والأطرية منه ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وإنما يلت
بالسمن أو العسل فيؤكل كذلك أو يشرب بالماء وكان التفاوت بينهما أظهر من التفاوت بين الهروي والمروي
وكذا كل واحد لا يصير بمثل حال صاحبه بحال والسويق لا يصير دقيقًا والدقيق لا يصير سويقًا بحال
واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الأصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعاني كالأدهان فيجوز العقد
كيف ما كان متساويًا ومتفاضلًا ومجازفة وعن أبي يوسف أنه يجوز البيع متساويًا لا متفاضلًا لأن الدقيق
يصير سويقًا بأن يرش عليه الماء ثم يقلى فيصير سويقًا وهذه عادة أهل بغداد فإنهم يتخذون السويق بهذه
الصفة فتعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المآل كذا في المبسوط ولا يبالي بفوات البعض مع المقلية
مع غير المقلية كما نقلنا من المبسوط وفيه طعن أهل الأدب على محمد في هذا اللفظ وقالوا يقال حنطة
مقلوة أما المقلية المبغضة يقال فلان يقليه إذا أبغضه ولكنا نقول محمد كان فصيحًا في اللغة
إلا أنه رأى استعمال هذا اللفظ فاستعمل التي هي معروفة عندهم لأن مقصوده بيان الأحكام لهم •
ولهذا قيل الخطأ المستعمل أولى من الصواب الغير المستعمل مع أنه جاء في المغرب المقلية المشوية من قلي
البر إذا شواه يقلي أو يقلو يقال مقلية ومقلوة وهما لغتان والمسوسة الدودة تقع في الصوف ومنه
قولهم حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة وحنطة علكة تلزج كالعلك من جودتها وصلابتها وفي
الكافي بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم التسوي بينهما لاكتناز أحدهما وتخلخل
الآخر وبيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود التسوي بينهما • وفي الذخيرة بيع المقلية بالمقلية يجوز متساويا
للمجانسة بينهما من كل وجه وذكر في المبسوط أنه لا يجوز والله أعلم بصحته • **قوله** واللحم من جنسه
قيد بكون اللحم من جنسه لأنهما لو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة يجوز بالإجماع من غير اعتبار
القلة والكثرة والخلاف فيما إذا باع لحم الشاة بالشاة الحية • أما لو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة
جاز إذا تساويا بالإجماع • وقال الشافعي ومالك وأحمد لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق
الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني حيث قال يجوز كقول أبي حنيفة وأبي يوسف • وقال في حلية المؤمن
وهو الاختيار ولو باعه بحيوان لا من جنسه كبيع لحم الشاة بالبقر للشافعي فيه قولان أحدهما أنه يصح
وبه قال مالك وأحمد والمزني • والثاني أنه لا يصح وهو الأصح لعموم نهيه عليه السلام عن بيع
اللحم بالحيوان رواه ابن المسيب • وعن ابن عباس أن جزورًا نحر على رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجاء أعرابي بعناقة فقال أعطوني بهذا العناق فقال أبو بكر لا يصلح هذا كذا في كتبهم والمبسوط •
و**قلنا** هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحدهما بالآخر كيف ما كان يدا بيد كما يجوز بيع الشاة بالبقر
والأصل فيه قوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم الحديث والمراد بالنهي عن بيع اللحم
بالحيوان إذا كان أحدهما نسيئة وقد ذكر ذلك في بعض الروايات وبه نقول فإن السلم في كل واحد
منهما لا يجوز عند أبي حنيفة • وتأويل حديث أبي بكر أن ذلك البعير من إبل الصدقة فكره أبو بكر لحمه
لأنه إنما نحر ليتصدق به على الفقراء فلهذا قال لا يصلح كذا في المبسوط • وفي المجتبى وأما النهي عن بيع
اللحم بالحيوان فهو مرسل والمرسل ليس بحجة عنده وفيه تأمل لأن الشافعي يقبل مراسيل ابن المسيب
كالخل أي بيع دهن السمسم بالسمسم فإنه لا يصح إلا بطريق الاعتبار بل أولى لأن اللحم في الشاة أبين من
الدهن في السمسم لأنه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم بنفسه
فلما ثبت الربوا بين الدهن والسمسم لأن يثبت هنا أولى ولهما أنه باع بما ليس بموزون فيصح كما لو باع الثوب بالقطن
لأن الحيوان لا يوزن بل هو عددي متفاوت إذ الموزون ما يعرف قدره بالوزن وذا لا يمكن في الحيوان
لأنه يخفف نفسه مرة لصلابته ويثقل أخرى لاسترخائه مفاصله • فالميت لاسترخاء مفاصله أثقل

من الحي والنساء لاسترخاء بعض اتصال من الرجال بصلابتهم بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال
يعلم بقدر الدسم اذا ميز بينه وبين الثجير وبوزن الثجير والحاصل ان محمدا جعلهما جنسا واحدا وابقى
معه باعتبار ما في الزمان • الثاني كالعصير مع العنب • واللبن مع السمن وامثالهما وانهما
جعلا انهما جنسين مختلفين فيجوز وكونهما جنسين بالنص فانه قال فكسونا العظام لحما ثم انشاناه
خلقا اخر اي بعد نفخ الروح فقد سماه خلقا اخر بعد نفخ الروح فعلمنا ان الحي جنس اخر غير الجماد واليه
اشير في الذخيرة • **فان قيل** فعلى كلا التقديرين ينبغي بيع الموزون بالموزون وبيع جنس بخلاف
جنسه ينبغي ان لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة وقد ذكر في المبسوط انه لا يجوز • **قلنا** لا يجوز
لان النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم والسلم في الحيوان لا يجوز • وان كانت في اللحم فهو سلم
في اللحم وكلاهما لا يجوز كذا في المبسوط • سقط المتاع رده الله واراد به ههنا ما لا يطلق عليه
اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال • والحل دهن السمسم عن مطب والثجير ثفل
كل شيء يعصر • **قوله** وقالا اي ابي يوسف ومحمد لا يجوز وبه قال الشافعي واحمد ومالك وغيرهم
وتفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز لهم حديث سعد بن ابي وقاص انه عليه السلام سئل عن بيع الرطب
بالتمر فقال اينقص اذا جف فقيل نعم فقال لا اذا فافسد عليه السلام البيع واشار الى العلة وهو
النقصان عند الجفاف وتبين بهذا ان شرط جواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف
وذلك لا يعرف بالمساواة كيلا في الحال لان قفيز الرطب ربما يصير نصف قفيز التمر عند الجفاف •
وله اي لابي حنيفة ان الرطب تمر لغة وشرعا فان التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد صورتها
الى ان تدرك فكان الرطب تمرا • قال الشاعر وما العيش الا نومة وتشوق وتمر على راس النخيل
وماء • والمراد الرطب • وقال عليه السلام حين اهدي اليه رطب اوكل تمر خيبر هكذا وقد نهى عن
بيع التمر هكذا قيل ان رجلا نقيل وما الا زمان يا رسول الله فقال ان يحمر او يصفر فسماه تمرا وهو بسر •
ولان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل كما ذكرنا وما يتردد عليها من الاوصاف باعتبار الاحوال
مع اتحاد الذات لا يوجب تبدل العين كالادمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا فاذا ثبت
ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد وقد وجدت فيجوز كذا في المبسوط كما رويناه وهو قوله
التمر بالتمر الحديث • وما كان اعتبار المساواة في اعدل الاحوال الا نظيره الاجود ولانه اي الرطب
ان كان تمرا الى اخره • وفي المبسوط دخل ابو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء
عليهم لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا الى اخره فاورد عليه حديث سعد فقال
مداره على زيد بن ابي عياش وهو ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال
ابن المبارك كيف يقال ابو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن ابي عياش ممن لا يقبل حديثه مع انه
مخالف للحديث المشهور فيرد وهذا الكلام حسن لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا الجواب
ان يكون هنا قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية والدقيق بالحنطة ولكن الحجة له ما ذكرنا من ان التمر
يطلق على الرطب لغة وشرعا ولا يعتبر ما تردد عليه من الاوصاف بخلاف بيع الحنطة بالدقيق ثم
طحنت الحنطة فظهر التفاوت فان بالطحن تتفرق الاجزاء ولا يفوت جزء منها على الكيل فيتبين ان التفاوت
بينهما بعد الطحن انهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذلك المقلية بغير المقلية فانه بالقلي لا يفوت
جزء منها على الكيل وانما تنعدم اللطافة التي بها كانت الحنطة مثلية • ولما ظهر التفاوت بعد القلي
بان قليت الحنطة التي هي غير مقلية بعد ذلك حين استويا في الصفة يظهر التفاوت في الكيل عرفنا
ان هذا التفاوت كان موجودا عند العقد ثم صاحب الشرع اسقط اعتبار التفاوت في الجودة

الحديث واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حيث شرط اليد باليد وصفة الجودة لا يكون حادثة بالصنع
والتفاوت بالنقد والنسيئة حادث بصنع العباد وهو اشتراط الاجل نصا وهذا اصل ان كل تفاوت
ينبني على صنع العباد فذلك مفسد للعقد • وفي المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق بهذه الصفة
وكل تفاوت ينبني على ما هو ثابت باصل الخلقة بلا صنع العباد فهو ساقط العبرة والتفاوت بين الرطب
كالتمر بهذه الصفة فلا يعتبر كالتفاوت بين الجيد والرديء • واما تأويل حديث سعد ان صح انه عليه
السلام سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقد نقل ذلك في بعض الروايات وفائدة قوله اينقص اذا جف
ان الرطب ينقص الى ان يحل الاجل فلا يكون هذا التصرف مفيدا او كان السائل وصيا ليتيم فلم ير عليه
السلام في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشفاق لا على
وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط • **وقيل** لا يجوز بالاتفاق والفرق لابي حنيفة بين بيع التمر
بالرطب وبين بيع الزبيب بالعنب على هذه الرواية ان النص والاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على
الرطب كما ذكرنا ولم يرد مثل هذا في الزبيب • فافترقا وذكر ابو جعفر جواز بيع العنب بالزبيب
بالاجماع • وقال ابو الحسن لا يجوز عندهما الا بالاعتبار كذا في شرح المجمع • والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا بكيل عندنا وبه قال مالك واحمد والمزني • وفي حلية المؤمن وهو الاختيار • وقال الشافعي لا يجوز
وكذا الخلاف في بيع العنب بالعنب وكذا في كل تمر عنده لها حالة جفاف كالتين والمشمش والخوخ والكمثرى
والرمان الحامض والاجاص لا يجوز بيع رطبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر
النقصان منهما • وقد يكون الناقص من احدهما اكثر من الاخر كذا في شرح الوجيز وكذا لا يجوز عنده بيع
الباقلي بالباقلي لان بين الباقلتين قضا مسح معناه انه لا يعدل في الدخول في الكيل حتى لا ينضم بعضه
بل يتجافى ويتفاوت بمقدار التجافي فلا يكون الكيل منه معيارا شرعيا والتخلص عن الربا انما يكون في المعيار
وقياسه بيع الحنطة المقلية بغير المقلية • المنقع بالفتح مخففا الاغير من انقع الزبيب في الخابية ينقعه
اذا القاه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة واسم الشراب نقيع كذا في المغرب واما المنقع بالتشديد
من التنقيع لم يورد في الكتب المتداولة من اللغة • وقال محمد لا يجوز وبه قال الشافعي قال الامام الحلواني
رضي الله عنه ان الرواية محفوظة عن محمد ان الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا انتفخت الحنطة
وانتفخت اما اذا لم تنتفخ بعد ذلك بل كربلت من ساعته يجوز اذا استويا كيلا كذا في المحيط والذخيرة
وفي المبسوط وذكر في بعض نسخ ابي حفص قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة وهو قوله الاخر • واما
قوله الاول كقول محمد • فالحاصل ان بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او باليابسة وبيع الحنطة
المبلولة بالمبلولة او باليابسة • وبيع الزبيب المنقع بالزبيب او بالمنقع وبيع التمر المنقع بالتمر او بالمنقع
يجوز عندهما خلافا لمحمد • يعتبر المساواة في اعدل الاحوال كما اشار اليه حديث سعد وذلك لا يوجد
في المبلولة والرطبة الا انه اي ابا يوسف ترك هذا الاصل بما رويناه وهو حديث سعد فبقي الباقي
على القياس والمخصوص من القياس بالاثر لا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى
الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة ولهذا احدث بالقياس **فان**
قيل يجوز بيع الحنطة الرطبة بالرطبة كيلا مع ان الرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي
ولا يجوز بيع المقلية بغير المقلية لما ذكر من الاصل ان التغير حاصل بصنع العباد **قلنا** الحنطة في
الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على صفة ثم ذابلت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجد
المماثلة على الوجه الذي صارت مال الربا جاز العقد ولكن لم تخلق الحنطة في الاصل مقلية حتى
يكون هذا اعادة تلك الصفة فيها كذا في المبسوط بيع الرطب بالرطب وكذا بيع العنب بالعنب ان التفا

فيهما أي في هذه الفصول يظهر التفاوت بعد الجفاف مع بقاء البدلين على الذي عقد عليه العقد
فوجد التغير في المعقود عليه فلا يجوز • أما في الرطب بالرطب يظهر التفاوت بعد الجفاف مع بقا
عن الاسم الذي عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتا في المعقود فيجوز العقد كذا في المبسوط
قوله بخلاف الكفرى وفي المغرب الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل •
وهو أول ما ينشق اثنان بواحد أي الكلان بكل من التمر بكل من الكفرى وبالعكس يدا بيد فان
الاسم أي اسم التمر له أي للبسر يعني التمر اسم لما يخرج من النخل من حين ينعقد صورته الى أن يدرك ولا
ينعقد صورة التمر في الكفرى لا ينعقد تمرا فلا يكون الكفرى تمرا ولا يكال أيضا فيجوز بيعه بالتمر
كيف ما كان يدا بيد • وقوله والكفرى عددي متقارب لتفاوته في الصغر والكبر يحتمل أن يكون
جواب إشكال يرد على قوله انه ليس بتمر بأن قيل لما لم يكن تمرا ينبغي أن يجوز اسلام التمر في الكفرى بعدد
الكفرى عددي متقارب فلا يجوز اسلامه للجهالة بوجه • والشيرج الدهن الأبيض ويقال
للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضا وهو تعريب شيره والزيتون من العضاه ويقال لثمره
الزيتون أيضا ولدهنه الزيت كذا في المغرب • وفي فتاوى قاضي خان وانما يشترط أن يكون الخالص
أكثر إذا كان من الثفل في البدل الآخر شيء له قيمة • أما إذا كان شيئا لا قيمة له كما في الزبد يجوز
بالمثل مروي عن أبي حنيفة • وقال زفر يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج مع الجهالة بأنه
أكثر منه أو أقل أو مساو لأن الأصل في البيع الجواز وهذا البيع متردد بين الفساد والجواز فلا يثبت
الفساد بالشك • وقلنا الفساد غالب لأنه إن كان مساويا لا يجوز أو ناقصا عنه لا يجوز وإن كان
أكثر منه جاز فإذا لزم الفساد على تقديرين والجواز على تقدير واحد كان الفساد غالبا فكان ظاهرا
فيجب الحكم به لرجحانه • وقال الشافعي لا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج أصلا ترجيحا لجانب
الفساد احتياطا لجهالة المساواة حالة العقد وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه
والعنب بعصيره والتمر بدبسه • ثم اعلم أن الأصل في جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشيئين قد تكون
باعتبار العين وقد تكون باعتبار ما في الضمن وإن كان شيئا آخر حكما كما بين الزيت والزيتون المجانسة
باعتبار ما في الضمن وهو الزيت الذي في الزيتون • فان قيل ينبغي أن يجوز بيع السمسم بدهنه با
بأي وجه كان لأن الدهن وزني والسمسم كيلي • قلنا المقصود منه ما فيه وهو الدهن وكان بيع الجنس
بالجنس • فان قيل لما كان ما فيه مقصودا وثجيره مقصودا أيضا حتى جعل بمقابلته شيء من الدهن
فينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف الجنس كما في مسئلة
الأكرار وهي بيع كر حنطة وكر شعير بثلثة أكرار حنطة وكر شعير • قلنا ذلك الصرف انما يصح في
المنفصل خلقة كما في مسئلة الأكرار لأنه لما كان منفصلا خلقة أمكن اعتباره منفصلا في حق الصرف
الى خلاف الجنس ولأن السمسم لما كان زائدا في أحد الجانبين كان ما في ضمن السمسم من الدهن أيضا زائدا
على الدهن الذي في ضمن السمسم الأقل بمقابلته والدهن مكان بيع الدهن بالدهن متفاضلا وذا
لا يجوز • وفي الكافي اعلم أن بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه • إن علم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر
من الزيت المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير • وكذا إن علم أنه
مثله لأن الثفل يكون فضلا • وإن كان الزيت المنفصل أكثر جاز والفضل بالثفل وهذه الثلاثة بالإجماع
وإن لم يعلم أنه مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفر وعندنا لا يصح والوجه من الجانبين مر وفي
الإيضاح • وأما الأدهان كالخل والزيت جنسان لاختلاف أصلهما فيجوز التفاضل بينهما ولو كان أصلهما واحدا
واختلف المضاف اليه كالبنفسج مع الخيري يجعل جنسين لاختلاف المقاصد منهما فيسقط حكم اتحاد الأصل

حتى يجوز

حتى يجوز بيع دهن البنفسج بدهن الخيري متفاضلا وقالوا يجوز بيع قفيز سمسم مربى بقفيزين سمسم غير مربى
وجعلوا الرائحة التي فيهما بإزاء الزيادة وعند الشافعي لا يجوز وقالوا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ
مطيب لأن الرائحة زيادة فكأنه باع زيتا بزيت وفضل وعند الشافعي يجوز • وقال أبو يوسف لو كانت
الرائحة التي يطيب بها تزيد في وزنه حتى لو خلص نقص فيجوز بيعه منا بمنين ويكون الزيت الطيب بمثله من الزيت
والزيادة بزيادة الرائحة • وقالوا يجوز بيع من من دهن الحل بمنين من دهن البنفسج وفرقوا بينه وبين الدهن
المطيب لأن دهن الحل لا يصير بنفسجا أبدا • والزيت لو طبخ يصير مثل المطبوخ • وعند الشافعي لا يجوز بيع
الأدهان المطيبة بعضها ببعض متفاضلا لأن الأدهان جنسان لاختلاف أصلهما واختار المزني وهو مذهبنا
قوله على هذا الاعتبار يعني اعتبار الزيت بالزيتون وعند الشافعي لا يجوز أصلا • واختلفوا أي
المشايخ في القطن بغزله • وفي الإيضاح والذخيرة بيع غزل القطن بالقطن لا يجوز متساويا لأن القطن
ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة مع الدقيق • وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز بيع الغزل مع القطن إلا
متساويا لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون ولو خرجا أحدهما من الوزن فلا بأس ببيعهما متفاضلا
وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال • وعن محمد بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا • وعنه أنه
لا يجوز مطلقا ذكر بعد هذا ولا بأس ببيع المحلوج بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وإن
كان لا يدرى لا يجوز • وفي جمع العلوم بيع الجوزه بالغزل جائز كيف ما كان على الأصح • وقيل إنما
يجوز بالاعتبار • وقيل لا يجوز كيف ما كان بالإجماع • وعن أبي حنيفة لا يجوز الثوب بالقطن لأنه
يصير ثوبا يعني في السلم بخلاف النقد متفاضلا • قوله وعن الشافعي أنها أي اللحمان والألبان جنس واحد
لاتحاد المقصود • فان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي واختلاف المقاصد بعد ذلك
يرجع الى الوصف • وفي كتبهم اللحمان أجناس وهو ظاهر المذهب وهو اختيار المزني ومذهب أبي حنيفة
وفي قول جنس واحد فان جميع اللحوم اشتركت في الاسم الأخص فكان جميعها جنسا واحدا كأنواع الحنطة
يعني يسمى الجميع لحما وليس لها اسم الجنس من اللحم وإنما يتميز البعض عن البعض بالإضافة والأصح أنها أجناس
مختلفة لأنها أصول فروع مختلفة وكذا في الألبان الأصح أنها أجناس مختلفة عنده • وقال مالك
اللحوم ثلثة أجناس الطيور والدواب أهليها ووحشيها والبحريات وبه قال أحمد في إحدى الروايات عنه
وعن أحمد روايتان أخريان كقول الشافعي ويعلم من هذا أن قول المصنف وعن الشافعي إشارة الى قوله المرجوح
فان قيل يشكل على حرمة بيع اللحوم في الجنس الواحد متفاضلا بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا
فانه يجوز وإن كان من جنس واحد • قلنا باعتبار أنه لا يوزن عادة ولا يكال أيضا وهو ظاهر و
والألبان واللحوم موزونة ولهذا لا يجوز بيع بعضها بالبعض نسيئة ويجوز متفاضلا يدا بيد لانعدام
أحد الوصفين كذا في المبسوط • وما ذكر الشافعي من الاتحاد في المعنى الخاص كذا في الإيضاح قوله
إذا لم يتبدل بالصنعة يعني اعتبار اختلاف الأجزاء باختلاف الأصل إذا لم يكن متبدلا بالصنعة فأما
لو تبدل بالصنعة يصير صنفين بسبب تبدلهما بالصنعة يعني من اعتبار اختلاف الأجزاء باختلاف الأصل
إذا لم يكن الا وإن كان أصلهما واحدا كالزندنيجي مع الوذاري والهروي مع المروي فحينئذ يجوز البيع كيف
ما كان كالحنطة والدقيق بالخبز كذا ذكره شيخ الإسلام • وفي الجبازية والمبسوط اختلاف
الأصل دليل اختلاف الفرع ألا ترى أنه لاتحاد في المقصود فان مقصود السمن يحصل بلبن البقر
دون لبن الإبل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض وقد يضره البعض وينفعه
البعض ولكن اختلاف الأصل إنما يوجب اختلاف الفرع إذا لم يتبدل بالصنعة فان الأجزاء المختلفة
إذا اندرج فيها صنعة تصير كجزء واحد • وفي مسئلتنا لم يتبدل بالصنعة فتكون الأشياء مختلفة

لم تتبدل بالصنعة فتكون الاجزاء مختلفة كاصولها • وفي المبسوط الزيت المطبوخ غير الزيت المطبوخ
والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى جنسان لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وهي حاصلة بالصنعة
وفي الذخيرة باع قمقمة من حديد او صفر او نحاس بقمقمتين من جنسهما يجوز يدا بيد لان الناس تركوا وزنها
مع الامكان وترك الوزن فيما يثبت وزنه باصلاحهما اعراض عن الاصطلاح على الوزن وخروجها عن
الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة تاثيرا في تغيير الاجناس • **قوله**
وكذا خل الدقل بخل العنب اي هما جنسان الدقل نوع من اردأ التمر وانما خص خل الدقل وان كان الحكم
في خل الكل واحدا للعادة لانهم كانوا يجعلون الخل من الدقل ولكن لا يجوز بيع احدهما بالآخر نسيئة لانه
جمعهما الوزن كذا في المبسوط عصيرهما اي عصير الدقل والعنب جنسان باجماع الائمة الاربعة
لاختلاف المقاصد فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضان • واللبود
واللفافة انما تتخذ من صوف الضان دون المعز • **فان قيل** شعر المعز وصوف الضان بالنظر الى
ان اسم الغنم تناول الكل جنس واحد وبالنظر الى اختلاف المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز بيع احدهما
بالآخر متفاضلا ترجيحا لجانب الحرمة عند تعارض دليلي الحل والحرمة • **قلنا** لا تعارض بين الصورة
والمعنى لان المعنى وهو المقصود راجح ولذا شحم البطن بالالية او باللحم اي يجوز متفاضلا لاختلاف الذات
والمقاصد انما شحم الجنب من جنس اللحم يباع معه ويستعمل استعمال اللحم وموضع الالية وشحم البطن جنسان
كذا في الايضاح • والمعاني اي الاختلاف في المعاني فان الالية اذا ضربت تخرج دهنا بخلاف الشحم
صار عدديا عند محمد وموزونا عند ابي يوسف لخروجه اي الخبز والحنطة مكيلة اي بالنص وكذا الدقيق
باعتبار انه جزء الحنطة المكيلة • ومن جعله وزنيا باعتبار العرف لم تثبت الجنسية بينه وبين الخبز
فلم يجمعهما القدر من كل وجه فلم يتحقق عليه الربوا وهو وجود الوصفين فلا يتحقق الربوا • لا خير فيه اي في
بيع الحنطة او الدقيق بالخبز يعني لا يجوز • ومن عادة المجتهدين انهم اذا لم يجدوا دليلا قطعيا على عدم
الجواز وفيه شبهة عدم الجواز يقولون لا خير فيه فكان قولهم لا خير فيه عبارة عن عدم الجواز لان الجائز
خير فيكون قولهم لا خير اي لا يجوز على وجه المبالغة لان النكرة في موضع النفي تعم فنفى جميع الخيرية وبهذا
القول قال الشافعي واحمد ووجهه ان في الخبز اجزاء الدقيق فاورثت شبهة المجانسة او ان الدقيق بعرض
ان يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدري ذلك والفتوى على الاول اي على انه جائز • **وقيل** ظاهر
مذهب علمائنا الثلاثة وهو اختيار المتأخرين • وفي فتاوى قاضي خان بيع الخبز بالخبز متفاضلا عددا
او وزنا جائز في قول ابي يوسف ومحمد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة عند ابي حنيفة اذ الخبز ليس بوزني
ولا عددي عنده • وقال محمد هو عددي وقال ابو يوسف هو وزني الا ان يكون قليلا لا يدخل تحت الوزن
فيجوز الواحد بالاثنين وان كان كثيرا لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز بيع الخبز بالخبز اذا كانا رطبين او احدهما
وقال احمد يجوز متماثلا اذا كانا رطبين ولو كانا يابسين مدقوقين ففيه قولان احدهما يجوز لانه حالة
ادخار • وفي قول لا يجوز لانه خالطه الملح فقد يكون في احدهما اكثر مما في الآخر • ولو كانا يابسين
غير مدقوقين لا يجوز لجهالة التماثل كما لو كانا رطبين او احدهما كذا في تتمتهم • وجوابه ما قلنا انه اما عددي
او وزني جائز في الصحيح اذا شرط وزنا معلوما وصفا معلوما واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي حنيفة
انه قال لا يجوز • وفي المبسوط واما السلم في الخبز فلا يجوز عند ابي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك
ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم • ومنهم من يقول لا يجوز لما علل له في النوادر
انه قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف
ثم لهذه العلة افسد ابو حنيفة استقراضه لان السلم اوسع بابا من القرض حتى يجوز السلم في الثياب •

ولا يجوز

ولا يجوز الاستقراض عنهما فاذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض اولى • وفي الذخيرة معزيا
الى شيخ الاسلام خواهرزاده لا يجوز السلم في الخبز عند ابي حنيفة ومحمد لا وزنا ولا عددا • وقال ابو يوسف
يجوز وزنا واختار المشايخ للفتوى قول ابي يوسف اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض
وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز السلم في كل مال يمكن ضبط صفته ويجوز بيعه • وفي شرح الوجيز للشافعي
وجهان في السلم في الخبز في وجه لا يجوز لاختلاف الغرض بتاثير النار • وبعذر الضبط بتاثير النار وفي
وجه يجوز لان تاثير النار فيه نهاية مضبوطة كالسمن والسكر والفانيد كالخبز والتقدم والتاخر يعني في اول
التنور واخره فتكون متفاوتة فلا يجوز الاستقراض فيه اصلا • وان وزن للتفاوت لعدم القدرة على التسليم
اذ شرطه القدرة على اداء مثل المستقرض وهو ليس بمثل • وعند محمد يجوز بهما اي بالعدد والوزن للتعامل
ولا يجوز السلم عنده بهما لعدم التعامل والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع • وعند ابي حنيفة يجوز
وزنا لانه موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد لتفاوت احاده قدرا فلا يتحقق التساوي به وعليه الفتوى
وفي المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز • ولو كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز ولو باع
كسيرات الخبز يجوز نقدا ونسيئة كيف ما كان عند صاحبيه • وللشافعي في استقراض الخبز وجهان كما في السلم
احدهما لا يجوز وبه قال ابو حنيفة وهو الاصح عند صاحب التقريب • والثاني يجوز وبه قال احمد
وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة العامة واطباق الناس عليه • وعلى قول يجوز استقراضه يجب رد مثله
وزنا فيجب ان يكون المقرض معلوم القدر كذا في شرح الوجيز فلا يتحقق الربوا لعدم تحقق البيع لما ان بيع الانسان
ملكه بملكه باطل فكان عدم تحقق الزيادة لا لعدم صحة البيع ولانه عليه السلام لا ربوا بين العبد
وسيده • **قوله** فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه اي بين المولى ومكاتبه • وفي المبسوط فلو كان على العبد دين
فليس بينهما ربوا ايضا ولكن على المولى ان يرد ما اخذ على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له
ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة العقد سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين او لا لان ما اعطى ليس
بعوض سواء كان او كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء • وكذا ام الولد والمدبر لان كسبه ماله بخلاف المكاتب
لان المكاتب صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره وفيه اشارة
الى انه لا ربوا بين المولى وعبده اذا كان على العبد دين وما ذكر في الكتاب يدل على جريان الربوا بينهما اذا كان
عليه • **قوله** خلافا لابي يوسف والشافعي وبه مالك واحمد • وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلي وبين
المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا • **قوله** لهما اي لابي يوسف والشافعي اطلاق النصوص الواردة
في الباب فان المسلم ممنوع عنه حيث كان ولا يجوز ان يحمل فعله على اخذ مال الكافر بطيب نفسه لانه قصد
الاخذ بحكم العقد ولان الكافر غير راض باخذ هذا المال منه الا بطريق العقد لا الهبة ولو جاز هذا في دار
الحرب لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على ان يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الاخر هبة • وعن ابن عباس
انه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا المسلمين بذلك مالا فنهاهم النبي عليه السلام عن ذلك فدل على ان
المسلم ممنوع عن العقد بالكافر فيما لم يجز بين المسلمين ولا معنى لقول من يقول ان الخندق من دار الاسلام لان عندكم
هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا امان له سواء كان في دار الاسلام او في دار الحرب كذا في المبسوط **قوله**
ولنا الحديث المذكور في المتن وفي المبسوط عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربوا الحديث
وهذا الحديث وان كان مرسلا فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر رضي الله عنه قبل الهجرة
حين انزل الله تعالى قوله الم غلبت الروم في ادنى الارض الاية فقال له قريش ترون الروم تغلب قال نعم فقالوا
هل لك ان تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل
وغلبت الروم على فارس فاخذ ابو بكر رضي الله عنه خطره وقد اجازه النبي عليه السلام وهو القمار بعينه •

بين ابي بكر ومشركي مكة في مكة وكانت مكة دار الشرك فدل هذا على جواز هذه العقود بين المسلم والكافر
في دار الحرب ولان مالهم اي مال اهل الحرب مباح يجوز اخذه برضاه بلا غدر وكذا مال من اسلم ثمة ولم يهاجر
الينا لم يكن معصوما فصار كمال الحربي فيجوز اخذه للمسلم المستامن برضاه بلا غدر حتى لو قامر واخذ ماله بالقمار
يكون المال طيبا عندهما بخلاف المستامن منهم اي من اهل الحرب لان ماله صار محظورا بامانه فيقتضي ذلك الى العقد
وهو حرام واما المراد من النصوص الربوا في مال محظور وما ل اهل الحرب غير محظور لما ذكرنا وفي المجتبى في
الكفاية مستامن منا باشر مسلما كان او ذميا في دارهم او من اسلم مناك شيئا من العقود التي لا تجوز فيما
بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا لابي يوسف وبه قال الشافعي ومالك والحمد لله اعلم

باب الحقوق

كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل
باول كتاب البيوع الا انه التزم المصنف بترتيب الجامع الصغير وهنا هكذا ولان الحقوق توابع فيليق
ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع • **قوله** بكل حق هو اي للمنزل من الطريق الذي فيه حق الدخول والخروج
هو فيه اي في المنزل كالكنيف وغيره • ومنه اي من المنزل مما ينتفع به نحو الميزاب وغيره **قوله**
جمع اي محمد في الجامع وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى مبسوط شمس الائمة السرخسي ان البيت اسم
لمسقف واحد له دهليز • والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعياله
والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت دون الدار قال
ابو بكر بن الحسين بن شيخ الاسلام خواهر زاده وانما كان الجواب هكذا لان العلو بمنزلة البناء من وجه
وبمنزلة البيت من وجه فمن حيث ان قوام العلو بالسفل بمنزلة البناء • ومن حيث انه يبنى لينتفع بنفسه
لا ليصير السفل به منتفعا فهو كبيت اخر بخلاف البناء فانه لا يبنى لينتفع بنفسه وانما يبنى ليصير
داخل البناء منتفعا به بالبناء واذا كان كذلك نوفر على الشبهين حظهما في المسائل الثلاثة فيجعل العلو
منزلة بين المنزلتين فيقال متى ذكر الحقوق دخل وان لم ينص على العلو كالبناء يدخل من غير تنصيص ومتى
لم يذكر الحقوق لم يدخل كبيت اخر • وفي نظم الجامع الكبير الدار اسم في اللغة لقطعة ارض ضربت لها
الحدود وميزت عما جاورها بادارة خط عليها فبني في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح
ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق بينما اذا كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب
وفي الفوائد تحققه ان المنزل اسم لبيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا • والعلو وان كان محلا للسكنى
فيه فهو دون السفل في احتمال السكنى لان السفل يحتمل السكنى بنفسه وذوابه والعلو لا يحتمل السكنى
للدواب فكان اصلا من وجه تبعا من وجه فلو ذكر الحقوق يدخل والا فلا لتكون منزلته دون منزلة
الدار فوق منزلة البيت وهكذا ذكر في جامع قاضي خان • وفي الكافي قالوا هذا الجواب على هذا
التفسير بناء على عرف اهل الكوفة • وفي عرفنا يدخل في جميع ذلك اي في البيت والمنزل والدار لان
كل مسكن يسمى بالفارسية خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلاطين فانها تسمى سراي لان كل بيت
وفي بعض النسخ لان كل مسكن وهو الاصح يدخل الكنيف اي المستراح • وفي جامع قاضي خان والمراد
بالكنيف الكنيف الشارع لانه اي الكنيف من توابعه اي توابع الدار فيجوز فيه التذكير لانه مؤنث غير
حقيقي ولان الدار اسم لما ادير عليه الحائط فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق •
ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى الا بذكر
ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له لانه اي الظلة على تاويل الساباط • وفي جامع قاضي خان الظلة هي
الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات
في السكة ومفتحه في الدار • وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب

وفي الكافي واما الظلة التي تكون على ظهر الطريق وهي التي احد طرفي جذوعها على حائط الدار المبيعة
وطرفها الاخر على حائط الجار المقابل او على الاساطين المنصوبة تجاه الدار ويقال لها الساباط فلا
يدخل عند ابي حنيفة الا بذكر الحقوق فاخذ حكمه اي حكم الطريق وعندهما يدخل من غير ذكر شيء
يدخل بلا ذكر الحقوق • وعند الشافعي فيه ثلاثة اوجه في وجه يدخل • وفي وجه لا يدخل وفي وجه
تعتبر الاطراف من الجانبين فان كانت مطروحة على حائط الدار دخل وان كان احد الطرفين مطروحة
لا يدخل ان كان مفتحه الى الظلة على تاويل الساباط لانه اي الظلة على ذلك التاويل من توابعه اي
من توابع الدار لان قرارها بها فصارت كالكنيف والعلو • واما ابو حنيفة يقول ان الظلة تابعة للدار
لان قرارها بها فصار كالكنيف احد طرفيها عليها وليست تابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على
شيء اخر فلو كان قرار طرفيها بها لدخلت في تحت بيعها تبعا لها بلا ذكر الحقوق كالكنيف ولو كان قرار طرفيها
بشيء اخر لم يكن تبعا لها اصلا فلم يدخل تحت بيعها فاذا كان قرار احد طرفيها بالدار المبيعة وقرار طرفها
الاخر بشيء اخر لم يدخل بلا ذكر الحقوق ودخلت اذا ذكرت عملا بالشبهين ولانها خارجة عن الحقوق •
المبنية على هواء الطريق وصارت كالطريق الخارجة كذا في الكافي • **قوله** ومن اشترى بيتا في دار
او منزلا اي فيها او مسكنا اي فيها انما قيد بكونه فيها اذ لو كان في سكة نافذة كانت او غير نافذة
يدخل الطريق من غير ذكر الحقوق ذكره في المحيط • لم يكن له اي للمشتري الطريق الا بذكر الحقوق والمراد
الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان له
من حق مسيل الماء او القاء الثلج في ملك انسان خاصة فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي • وكذا الشرب
يعني لو اشترى ارضا لا يدخل الشرب بغير ذكر الحقوق وبقولنا قال الشافعي في الكل لانه اي الطريق والمسيل
او الشرب خارج الحدود اي حدود المبيع وكانت هذه الاشياء اصلا بنفسها من حيث انه يتصور قيامها
بدون المبيع • ومن حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع بالمبيع كانت تابعة وكانت هذه
الاشياء تابعة من وجه دون وجه فلا يدخل الا بذكر الحقوق وهو معنى قوله فيدخل بذكر التوابع
اي ذكر الحقوق والمرافق • وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق
الذي كان قبل البيع حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا اخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع
الطريق الثاني لا الطريق الاول • **قوله** بخلاف الاجارة يعني يدخل هذه الاشياء فيها بدون ذكر الحقوق
وبه قال الشافعي لانها اي الاجارة تعقد لكذا اي شرعت للانتفاع ولا يتحقق الامتناع الا بهذه الاشيا
اذ المستاجر لا يشتريها عادة ولا يجد شيئا ليستاجره • ولو استاجر الطريق الذي لرب الدار لم يجز فيجب
ادخالها تحت الاجارة ضرورة تحريا لجوازها وهذا معنى قوله فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه
اي من عقد الاجارة بدونه اي بدون الطريق • لان المشتري الى اخره معنى هذا الكلام ان البيع شرع لتمليك
العين لا لتمليك المنفعة ولهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والارض السبخة والمهر الصغير والاجارة
لا تصح فيه والانسان قد يشتري ليبيعه لربح وقد يشتريه للانتفاع وكان المقصد فيه تمليك العين لا الانتفاع
لا محالة فلا ضرورة في ادخال الاشيا في البيع فلا تدخل الا بالذكر كذا في جامع قاضي خان والكافي
وفي الكافي ولهذا ولو استاجر علوا واستثنى الطريق يصح لان موجب البيع ملك الرقبة والانتفاع من ثمراته
اما الاجارة فللانتفاع ولا انتفاع بلا طريق ولو استحق الطريق بعد اجيز البيع صح لان الفضا بالاستحقاق •
لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه يقابل المبيع
والمبيع البناء لا الساحة لانه حقه في الهوى كما ذكرنا • **فان قيل** ما ذكرتم يشكل بالقسمة فان الدار
لو كانت بين اثنين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة

فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيلا فصاحب البيت لا يستطيع
ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكر ينبغي
ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق وتحريا لجواز القسمة كما انهما يدخلان في الاجارة تحريا لجواز الاجارة
قلنا الفرق بينهما هو ان في باب الاجارة موضع الشرب ليس مما يتناوله الاجارة وليس يتوسل به الى الانتفاع والاجر
انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع فاذا دخل الشرب فيه توفر المنفعة عليهما اما هاهنا ففيه
منفعة الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فمن موجب القسمة اختصاص
كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا احدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار به بدون
رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق. فان قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع حيث يدخل
الطريق والمسيل بذكر الحقوق وان امكنه ان يفتح بابه فيما ابتاع ويسيل ماءه فيه وفي القسمة اذا امكنه
ان يفتح فيما اصابه من الساحة ويسيل ماءه فيه لا يدخل وان ذكر الحقوق والمرافق. قلنا الفرق بينهما هو ان
المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشتري التمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل الا ان ذلك
خارج من الحدود فلا يدخل في البيع بطريق التبع. والمقصود من القسمة تمييز احد الملكين من الآخر واختصاص
كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشركه الآخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق
والمسيل بتمييز نصيب احدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لم يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق كذا في
الفوائد الظهيرية والله اعلم. **باب الاستحقاق**. ولدت عنده اي
عند المشتري باي ولدت من غير مولاها. وفي الكافي ولدت لا باستيلاده. **قوله** لم يتبعها ولدها اي لا ياخذ
الولد المقر له ويأخذ الامة فقط وكذا لم يتبعها ارشها ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب
انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق ثم في مسئلة الاقرار انما
لم يتبعها ولدها اذا لم يدع المقر له الولد. اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له وان لم يدع لم يحكم
به كذا ذكره الامام التمرتاشي. ووجه الفرق اي بين الاقرار والبينة. **قوله** حجة مطلقة يعني غير مقتصرة
على المقضي عليه بل هي حجة في حق كافة الناس. وفي الكافي البينة حجة متعدية حتى يظهر في حق كافة
الناس والاقرار لا حتى يقتصر على المقر لان البينة تصير حجة بالقضاء. وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى
الكل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالبينة. اما الاقرار فحجة لا يتوقف على
القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند
الاستحقاق بالاقرار فيظهر بها اي بالبينة ملك المستحق من الاصل في حق الجارية والولد جميعا لان
الولد يكون متفرعا عن جارية مملوكة له. ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض وفي الاقرار لا يرجع على
بايعه وكذا الباعة لان الاقرار قاصرة فيظهر في دون غيره حجة قاصرة اي على المقر لا نعدام ولايته على
الغير فيثبت الملك مقصورا على الحال والولد منفصل عنها في الحال فلم يتعد حكم الملك اليه كذا في جامع
شمس الائمة وقاضي خان. وقد اندفعت اي الضرورة باثباته اي الملك بعد انفصال الولد فلا يظهر
الاستحقاق بالولد فلا يكون له الولد. ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالاقرار
ثم قيل اختلف المشايخ في فصل الاستحقاق بالبينة في ان الولد في القضاء بالام يدخل تبعا ام لا فقال
بعضهم يدخل تبعا لانه لما ظهر الملك في الجارية من الاصل تدخل في الاولاد. وقال بعضهم يشترط
القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء منفصل عن امه اصل بنفسه فلا بد له من الحكم
مقصودا ويدل عليه ما قال محمد بان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت القضاء كذا
ذكره التمرتاشي. وكذا اذا كان الزوائد في يد آخر وهو غائب لم يدخل لما ذكرنا انها منفصلة عن الاصل

يوم القضاء فعدم دخول الولد اذا كان في يد الغائب في القضاء بالام دليل على ان القضاء شرط في الولد والا
يدخل لان القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو الام يجوز وحيث لم يدخل تحت القضاء بالام
اذا كان في يد الغائب لكونه قضاء على الغائب دل على انه يشترط القضاء بالولد. **قوله** اشترني فاني
عبد وانما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع اني عبد لم يامر بالشراء او قال اشترني ولم
يقل اني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم كذا ذكره الامام التمرتاشي في جامعه محالا الى شيخ الاسلام
خواهرزاده. غيبة معروفة اي يدري مكانه ويرجع مولى العبد على البائع اذا قدر عليه وان لم يامر
البائع بالضمان لانه ادى دينه وهو مضطر الى ذلك فصار كمعير الرهن كذا في شرح الجامع لقاضي خان
والتمرتاشي والمرغيناني بخلاف الراهن فان العبد لو قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر لا يرجع
المرتهن على العبد بدينه سواء كان البائع حاضرا او غائبا يدري مكانه او لا لا يرجع فيهما اي في
البيع والرهن لان ضمان الثمن وجوبه بالمبايعة او بالكفالة ولم توجد واحدة منهما وانما الموجود
منه الاخبار كاذبا وذا لا يوجب الضمان كما في الاجنبي والرهن ولو كان سببا للضمان لما افترق الحال
بين حضرة المولى وغيبته. ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وذكر في جامع شمس الائمة قول محمد مع ابي يوسف
وفي جامع قاضي خان وجه ظاهر الرواية ان المشتري اقدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بمنزلة
المغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور
بقدر الامكان كالمولى اذا قال لاهل السوق قد اذنت له اي لآخر كما هو موجبه اي موجب عقد المعاوضة
وهو سلامة العوض يعني الثمن يجب بالبيع فجاز الامر به ضمانا لانه ساع في اتلاف ماله. بخلاف الرهن
لانه اي عقد الرهن ليس بمعاوضة فلا يكون الامر به ضمانا لانه حينئذ يكون ساعيا في اتلاف مالكه
ماله. ولهذا لا يصح الرهن براس مال السلم والمسلم فيه واذا هلك يقع الاستيفاء ولو كان معاوضة
لكان استبدالا براس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غرورا في
عقد معاوضة فلا ينهض سببا للضمان ولهذا قلنا لو سال رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك
فانه امن فسلكه فسلبت اللصوص امواله لم يضمن المخبر شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة. وكذا لو قال
كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فمات بخلافه لا يضمن ايضا. **قوله** وبخلاف الاجنبي عطف
على قوله بخلاف الرهن يعني اخبار الاجنبي بكونه عبدا لا يفضي الى البيع لانه غير معتبر والمشتري لا يعتمد
على قوله فلا يتحقق الغرور وضرب اشكال على ابي حنيفة وفي الكافي. **فان قيل** قوله فاذا هو
حر مشكل على قول ابي حنيفة لان ثبوت الحرية يكون بالقضاء والقضاء بالشهادة ودعوى العبد
شرط للشهادة القائمة على الحرية عنده ولا يسمع دعواه لان التناقض مفسد للدعوى فكيف يثبت
الحرية. **قلنا** قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليس بشرط
عنده لانها لا تخلو من حرمة فرج الام اذ الشهود يفتقرون في شهادتهم الى تعيين الام حتى اذا خلت
عنها كانت الدعوى شرطا. والتناقض انما يمنع من حيث انه يعدم الدعوى فاذا لم يكن دعوى العبد
في حرية الاصل شرطا عنده فلا عبرة بالتناقض والصحيح ان دعوى العبد عند ابي حنيفة شرط في
دعوى الاصل وفي العتق العارض لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وصحة الشهادة اما في حرية
الاصل فلخفاء حال العلوق فان الولد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية امه وابيه فيقر بالرق
ثم يعلم بحرية امه وابيه فيدعي الحرية والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى واما
في العتق العارض فلان المولى ينفرد بالاعتاق بلا علم العبد فيجري فيه الخفاء ايضا فجعل التناقض عفوا
كما لو اختلعت امراة ثم اقامت بينة على انه طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تسمع وان تناقضت للخفاء

في تطليقه لاسترداده به وكما لو اقام المكاتب بينة على اعتاق سيده قبل الكتابة فانها تقبل لاسترداد
سيده بالتحرير عنده اي عند ابي حنيفة وعندهما ليس بشرط اصلا • وفي فتاوي العتابي الاقرار بالرق يثبت
بالصريح بان قال انا عبد وبالدلالة بان باعه وسلمه او رهنه او دفعه بجناية وهو يعقل ويسكت فهو
اقرار اما لو اجره او عرضه على البيع او ساومه فالسكوت لا يكون اقرارا بالرق وكذا لو قال كاتبني •
او اعتقني او بعني من نفسي او قبل العتق بمال او الكتابة فكله لا يكون اقرارا بالرق • تقيم البينة على الطلقات
الثلاث وانما قيد بالثلاث لان فيما دونها يمكن ان يقيم الزوج انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته
المراة بينتها قبل يوم او يومين • واما في الثلاث فلا يمكن ذلك ثم المراة والمكاتب يستردان بدل
الخلع والكتابة بعدما اقاما البينة على ما ادعياه • ثم اعلم ههنا مسئلة الجامع الكبير وهو الاصل
في مسائل الاستحقاق • وهي رجل اشترى من اخر ثوبا فقطعه وخاطه قميصا ثم استحق القميص بالبينة
فالمشتري لا يرجع بالثمن على البايع لان الاستحقاق ما ورد في ملك البايع لان ملكه ينقطع بالخياطة فان
فان من غصب من اخر ثوبا وقطعه قميصا وخاطه ينقطع عنه حق المالك الى الضمان فكان الاستحقاق واردا •
على حدوث ملك المشتري فلا استحقاق واذا ورد على ملك البايع من الاصل يرجع اعني به الملك من الاصل •
ولو ورد على حدوث ملك المشتري اعني به مقصورا على ملك المشتري لا يرجع كذا في الجامع الكبير لصدر
الدين الحميد • **قوله** وذلك المسئلة فالمسئلة دلت على شيئين احدهما ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز •
والثاني ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعى به •
ولو اقام البينة عليه لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة
كذا في الفوايد الظهيرية نظيره ما ذكر في المبسوط اي تشهدا ان له فيها طريقا قبلت الشهادة • **قيل**
تاويله اذا شهدا على اقرار الخصم بذلك • فاما لو شهدا على البتات لا تقبل الشهادة لجهالة المشهود
به قال شمس الايمة والاصح انها تقبل وانما يمنع قبول الشهادة اذا تعذر القضاء بها وهنا لا يتعذر
لان عرض الباب يجعل حكما فيكون عرض الطريق بقدره • وفي هذا اشارة الى ان دعوى الحق في الدار لا يصح
وبهذا تبين ضعف ما يقال ان الصلح شرع لافتداء اليمين لان اليمين لا يجب ههنا لامتناع صحة الدعوى
كذا في بعض الفوايد • وذكر الكرخي ان صحة الدعوى شرط لصحة الصلح على الانكار لان ما ياخذه المدعي
ياخذه بدلا عن حقه الذي ادعاه فلا بد من ان تكون الدعوى صحيحة ليجعل كالثابت والله اعلم
مسائل تتعلق بهذا الباب اشترى امة وقبضها فادعى انها حرة الاصل او ملك فلان
او معتقته او مدبرته او ام ولده وصدقه فلان او حلف المشتري فنكل لا يرجع بالثمن على البايع
لان الاقرار حجة في حقه دون غيره • والنكول من المختار بمنزلة الاقرار بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه
المبيع بعيب بنكوله حيث يلزم الموكل لان النكول من المضطر بمنزلة البينة وهو مضطر في النكول اذا لم
يعلم عيبه او سلامته عنه فكانت نكوله كالبينة • ولو برهن المشتري على انه ملك المستحق لا تقبل •
لتناقضه في الدعوى اذ اقدامه على الشرا اقرار منه بملك البايع فاذا ادعى لغيره كان تناقضا ولو برهن
على اقرار البايع انها ملك المستحق تقبل لانه غير متناقض • ولو برهن انها حرة الاصل وهي تدعي او برهن •
انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرايه تقبل ويرجع بالثمن على البايع لان التناقض
في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى فتبين ان ما قبضه ثمن الحر او ام الولد او المدبر فيجب عليه
رده باع عقارا • ثم برهن انه باع ما هو وقف لا تقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق •
ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه تقبل • باعها ثم باعها المشتري ثم باعها الثاني ثم استحقت بقضاء
فهو قضاء على الكل حتى يرجع بعضهم على بعض • ولو ادعى احدهم انها ملكه لا يسمع لان الكل صار مقضيا

عليهم بالقضاء على المشتري الاخر • ولو برهنت في يد المشتري الاخر انها حرة الاصل او معتقة او مدبرة
او ام ولد لفلان المشتري الاخر ولو برهنت في يد المشتري الاخر تقبل يرجع الكل • ولو برهن رجل منهم
انها امته اعتقها بعد شراء المشتري الاخر لا يرجع بعضهم على بعض لانه ليس من ضرورته فيتراجعون بالثمن
ولو باع امة ولم يقبضها المشتري ثم ادعى رجل انها له لا يسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبايع لان
الملك للمشتري والبايع لان الملك للمشتري واليد للبايع والمدعي يدعيهما فكان القضاء عليهما بشرط
حضورهما • ولو قضي له بها بحضرتهما ثم برهن البايع او المشتري ان المستحق باعها من البايع ثم باعها من
البايع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه تقرر القضاء الاول ولا ينقضه • ولو فسخ القاضي
البيع بطلب المشتري ثم برهن البايع ان المستحق باعها منه فاخذها ويبقى له ولا يعود البيع المنتقض •
ولو برهن المستحق بعد قبض المشتري الامة فقضى بها له ثم برهن البايع على المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة
للبايع عند ابي حنيفة وليس له ان يلزمها على المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا عنده •
باعها المشتري بعد القبض وسلمها فاستحقت فبرهن المشتري الثاني على بيع المستحق من بايع بايعه تقبل لانه
خصم • ولو برهن البايع الاول ان المستحق امره ببيعها وملك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه لوروده لا تقبل •
فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهر لان بيع الفضولي صورة من
صور الاستحقاق لان المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك انما باعك بغير اذني فهو عين بيع
الفضولي الفضولي بضم الفا لا غير • وفي المغرب الفضل الزيادة • وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى
قيل فضولي بلا فضل وطول بلا طول • ثم **قيل** لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه صار بالغلبة كالعلم
له ولم يصر الى واحد في النسب كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقها من ليس بوكيل وفتح
الفا خطا • **قوله** وقال الشافعي لا ينعقد وبه قال احمد في رواية تعتد الشافعي تصرفات الفضولي
كلها باطلة في الجديد ولا يتوقف على الاجازة لان الاجازة التصرف الى محل الولاية له عليه لانه اي البيع
لم يصدر عن ولاية شرعية احترز به عن الولاية الحسية فانها تثبت بمجرد اليد سواء كانت اليد حقا
او لا فانها اي الولاية الشرعية بالملك او تثبت به بالقدرة الشرعية اي الولاية الشرعية وقد عقد
وفي شرح الوجيز • روى انه عليه السلام قال لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ولان الابق غير صحيح مع كونه
مملوكا لعدم القدرة على التسليم وما لا ملك فيه ولا قدرة على تسليمه اولى • وفي القديم توقف
على الاجازة وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد في رواية لما روي انه عليه السلام دفع دينارا الى عروة
البارقي ليشتري له به شاة للاضحية فاشترى شاتين وباع احديهما بدينار وجاء بشاة ودينار الى النبي
صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام بارك الله في صفقتك وقد باع الشاة الثانية من غير اذن النبي
عليه السلام فاجازه والقولان جاريان في التزويج والطلاق والعتاق والاجارة والهبة بغير الاذن
وفي المبسوط وكذا كل ما له مجيز حال وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على الخلاف •
له نهيه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه وكونه غير
مشروع عنده ولانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وما لم يملك منهما عنه اولى ولانه تصرف صادف محلا
لا ولاية له عليه فيلغو كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء وبيع الابق فانه لا ينفذ وان اجازه بعد
ذلك ورجع من الاباق والانعقاد يختص بمحله وولايته فاذا انعدمت الولاية صار ذلك بمنزلة انعدام
الاهلية في المتصرف وذلك يوجب الغاء كالصبي والمجنون اذا طلق امراته يلغو ولا ينفذ وان اجازه بعد
البلوغ • ولنا ما روي انه عليه السلام دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري له اضحية فاشترى شاة
ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الاخر الى النبي عليه السلام كما اخبر بذلك

فقال عليه السلام بارك الله في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى
له عليه السلام بغير امره واجاز عليه السلام بيعه • وفي كتب الحديث ذكر عروة البارقي مكان حكيم
بن حزام كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لان شيئا لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان النقل على سبيل المدح له
والمنقول انه عليه السلام من ان يشتري له اضحية الى اخر والمعنى ان هذا التصرف صدر من اهله لانه عاقل
بالغ في محله لانه مال متقوم ولهذا لو باعه بالاذن جاز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن فينعقد ولا
يلغو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وباكثر من الثلث ممن لا دين عليه ثم قد
يمتنع نفوذ التصرف الصادر من الاهل في المحل شرعا لمانع فيتوقف النفوذ على زوال ذلك المانع بالاجازة
فان قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية احكامها واشتراط الملك
في المحل لاجل الملك للحكم اذ التمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه قلنا
في جوابه طريقان احدهما ان نقول لا نسلم عدم الحكم لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب
الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات ملك تام ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ
عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر له في انعقاد السبب وانما
الضرر عليه في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات • والثاني ان السبب انما يلغو اذا خلا
عن الحكم شرعا • فاما اذا تاخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتاخر كما في البيع
بشرط الخيار • وههنا الحكم الى اجازة المالك فلا ينعدم اصلا وانعدامه في الحال لدفع ضرر المالك وتاخره
الى اجازته لتوفر المنفعة عليه فانه اذا صار مستبدا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله فيكون •
فيه محض منفعة فينعقد في الحال ويجعل اجازته في الانتهاء كاجازته في الابتداء بخلاف بيع الطير في
الهواء والسمك في الماء حيث لغا العقد هناك لانعدام محله فان المحل غير مملوك اصلا فلا يكون قابلا
للتمليك وطلاق الصبي والمجنون لانعدام الاهلية في التصرف فانا اعتبرنا تصرفهما فيما تمحض توفر المنفعة عليه
لا فيما هو محض ضرر فلا يجعل اهلا له • ولهذا لا يملك الولي عليه اصلا حتى لو اذن الولي لطلاقه لا يقع بخلاف
مال الغير فانه محل لحكم البيع حتى يثبت فيه البيع بتصرف المالك او باذنه وبخلاف الابق والمبيع قبل القبض
فانه لا يصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو القدرة على التسليم وتاويل الحديث ان باعه •
ثم اشتراه واراد تسليمه بحكم ذلك العقد حيث لا يمكن لان الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب
ليس هذا الحكمة بثبوت الملك للمشتري من حين العقد بالاجازة ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة
والدليل على هذا التاويل نص الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليس
عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك كذا •
في المبسوط وهذا قول صاحب الكتاب • وقلنا انه اي البيع تصرف تمليك الى اخره تمليك تصرف تمليك
هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الطب وقيد التصرف بالتمليك احترازا عن تصرف هو اسقاط
كالطلاق والعتاق وبمال او بغير مال من الصبي والمجنون فان هذه التصرفات منهما لا تصح ولا يتوقف على اجازة
الولي ولا على اجازة نفسهما بعد البلوغ والافاقة بخلاف ما اشترى الصبي شيئا او تزوج امراة او زوج امته
فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة الولي واجازة نفسه بعد البلوغ ولا يجوز بنفس البلوغ بعد اجازته
بعده • قال شيخي العلامة رحمه الله ان تصرف الاسقاط كطلاق امراة الغير يتوقف على الاجازة ذكره في الجامع
الكبير فكان قيد المصنف احترازا عن تصرف اسقاط لا مجيز له كالطلاق والعتاق من الصبي ويخرج هذا الكلام
نوع اشتباه وقد صدر من مثله وقد بينا بيان الاهلية والمحلية • فان قيل يلزم على هذا طلاق الصبي
العاقل حيث لا ينعقد طلاقه ولا يتوقف على الاجازة كما ذكرنا مع ان الصبي اهل للكلام ولهذا لو طلق امراة غيره

بوكالته صح والمحل موجود وهو المنكوحة • قلنا الحق الشرعي هذا الذي لا عقل له فيما يضره من الاحكام
نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى فالتحق بالبهيمة وطلاق امراته اضرار به لانه ابطال ما شرع مصلحة
له كالهبة فلا يبقى اهلا للكلام من هذا الوجه وامراته لا تبقى محلا لايقاع الطلاق عليها شرعا ولهذا
لا يقع عليها باجازة الولي ولا باجازة نفسه بعد البلوغ • فاما مال الغير وامراة الغير فمحل للطلاق
والملك ولا ضرر في اعتبار كلامه في هذا التصرف عليه لما ذكرنا فلا يلغو كذا في المبسوط • قوله
فتثبت القدرة الشرعية • فان قيل العقد صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية
فينبغي ان ينفذ • قلنا الاصل ان التصرف ينفذ على المباشر اذا وجد نفاذا عليه واذا لم يجد نفاذا
عليه يتوقف والفضولي في البيع ليس من اهل ان ينفذ البيع عليه لانه باع
غيره باذنه • واما المشتري الفضولي له صلاحية ان يشتري لنفسه فينفذ على نفسه • اما في البيع
ليس للبائع ان يبيع ملك غيره من نفسه فلم يجد البيع نفاذا على المباشر فيتوقف كذا في الايضاح قوله
كيف وان الاذن ثابت دلالة • فان قيل لو كان الاذن ثابتا دلالة تكون الرضا من المالك
متحققا دلالة فينبغي ان لا يثبت له الخيار قلنا الاذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضار
وفي الانعقاد نفع فيثبت في حقه وفي النفاذ بدون اختياره ضرر فلا يثبت الاذن في حقه
كذا في الايضاح قوله وله اي للمالك الاجازة فلا بد من قيامه اي قيام العقد وذلك اي قيام
العقد بقيام العاقدين • وفي الايضاح بيع الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة
فاختلفت الاجازة في البيع لا في النكاح حتى زوج رجل ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات الاب
وبلغ الزوج النكاح فاجاز ذلك فهو جائز وهذا نص ان موت الاب لا يبطل نكاح الصغيرة كذا في
الفصول الاستروشنية واما اشتراط قيام المعقود عليه فلما ياتي بعد ذلك ملكه اي للمالك
امانة في يده اي في يد الفضولي قوله بمنزلة الوكالة السابقة من حيث ان كل واحد منهما يثبت الحكم
او من حيث ان كل واحد منهما دافع للمانع يعني يثبت عند الاجازة الملك للمشتري من وقت
العقد كما في الوكالة ولهذا يستحق المبيع بالزوائد المتصلة والمنفصلة ذكره في المبسوط فان
قيل لا نسلم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة الا ترى ان الفضولي اذا باع والمشتري
اذا باع من غيره ايضا ثم اجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري منه ولو كانت كالوكالة
ينبغي ان ينفذ • قلنا اذا طرا الملك البات على الملك الموقوف يبطل الموقوف وههنا ملك المشتري
من الفضولي يكون باتا باجازة المالك فيبطل ملك المشتري من مشتري الفضولي لانه موقوف كما لو
تزوجت امة الغير بغير اذن المالك فاجاز وارثه النكاح لا يجوز لما قلنا ان الملك البات اذا طرا على
الملك الموقوف ابطله كما يجيء دفعا للحقوق عن نفسه لما ان الحقوق ترجع الى الوكيل وهو بالاجازة
يصير بمنزلته في رجوع الحقوق اليه فله ان يفسخه لدفع الضرر عن نفسه وكذلك للمشتري ان يفسخه
فان قيل في القول بجواز فسخه قبل الاجازة ضرر المالك لما ذكرنا ان للمالك فيه نفع فيفوت
ذلك بالفسخ • قلنا ضرر المالك يحصل في ضمن دفع الضرر عن نفسه فان حقوقه ترجع الى الزوج
دون الفضولي فافترقا بخلاف الفضولي في النكاح اي لا يجوز له ان يفسخه قبل اجازة المفسوخ الموكول
له او فسخه لان الحقوق لا ترجع اليه لانه سفير ومعبر فاذا عبر انتهى امره فصار بمنزلة الاجنبي بخلاف
الفضولي في البيع لانه لا ينتهي امره بالبيع لما ذكرنا ان الحقوق ترجع اليه قال شيخي العلامة صاحب النهاية
رحمه الله هذا اذا كان الفسخ بالقول اما اذا كان القول بالفعل بان زوج الفضولي رجلا امراة
برضاها فقبل اجازته زوجه اختها كان ذلك نقضا للنكاح الاول كذا ذكره في الفصول الاستروشنية

قوله بهذا اي بما قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه اذا كان الثمن دينا في بيع الفضولي اما اذا كان الثمن عوضا اي مما يتعين بالتعيين فيشترط قيامه ايضا للاجازة • وفي شرح الطحاوي لو كان الثمن دينا فقيام اربعة اشيا شرط للحوق الاجازة البايع والمشتري والمالك والمبيع • اما لو كان الثمن مما يتعين بالتعيين اذا عين وعوض فههنا قيام خمسة اشيا شرط للحوق الاجازة الاربعة المذكورة • والخامس قيام ذلك العرض فلو اجاز المالك عند قيام الخمسة جاز البيع ويكون العرض الثمن للبايع دون المجيز وبهذا يرجع على البايع بقيمته ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل ثم الاجازة اجازة نقد اي الاجازة في بيع المقايضة اجازة نقد لا اجازة عقد بهذا العين المملوك له • وفي هذه الصورة لا يقع العقد للمالك بل يقع للعاقد ويصير كأنه ملك المالك في الابتدا • اشترى عبد فلان بجاريتي هذه وذلك لان في بيع المقايضة كل واحد من الوضعين ممنوع من وجه فيكون الفضولي ببيع مال الغير بالعرض مشتريا للعرض من وجه والشرا لا يتوقف بل يقع عن الفضولي فيكون الثمن الذي هو العرض ملكا له وينفذ عوضه باجازة المالك ولو كان من حيث انه بيع يتوقف ولا ينفذ لكن اعطي له حكم الشرا ههنا جعلا للموقوف تبعا للنافذ لكونها اقل من العقد لان النفاذ اصل في تصرف العاقل اذا كان لذلك يصير الفضولي مستقرضا للجارية وان كان لا يجوز العرض فيما لا مثل له لان القرض ههنا يثبت مقتضى لصحة الشرا فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير مستقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل متبعا فكذا ههنا اذ لا صحة لشرا العبد الا بقرض الجارية والشري مشروع كما في ضمنه يكون مشروعا اليه اشير في المبسوط • **فان قيل** لو كان في بيع المقايضة شرا الثمن من وجه لما ملكه الوكيل بالبيع لان الشرا ضد البيع وقد ملكه خصوصا على قول ابي حنيفة على ما يجيء • **قلنا** ان ابا حنيفه يعتبر اطلاق لفظ الوكالة في غير موضع التهمة والوكالة باطلاقها تتناول البيع بالدين والعين كما تتناول البيع بالقليل والكثير ولذلك يجري على اطلاقه • **قوله** والشرا لا يتوقف اي ينفذ على المشتري وبه قال الشافعي في الجديد وقال في وجه يفسد العقد وقال في القديم يتوقف الشرا على الاجازة كما في البيع وبه قال مالك واحمد في رواية • وقلنا ان الثمن يلزم في ذمة المشتري فيلزمه بالتزامه فاذا لزم الثمن نفذ البيع بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد • فقلنا بالتوقف لانه لا يتضرر الغير به • وفي النهاية الشرا انما ينفذ على المشتري اذا لم يضف المشتري الى آخر • ووجد الشرا النفاذ عليه ولم يسبق التوكيل من آخر • فاما اذا كان كذلك فالشرا يتوقف او ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيا بغير امره فكان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له اولم يجز اما اذا اضافه الى آخر بان قال للبايع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لاجل فلان فانه يتوقف • في شرح الوجيز لو اشترى بعين مال الغير لنفسه فهو كما في قول يتوقف • ولو قال اشتريت لفلان بالف في ذمته بنية الفضولي ايضا • اما لو اشترى واطلق ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع عن المباشر وعن القديم يتوقف على الاجازة فلو رد نفذ في حقه • **قوله** فلا يجوز باجازة الوارث اي وارث المالك في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا فلا يجوز باجازة غيره اي غير المالك • **فان قيل** يشكل بهذا بما اذا تزوجت امة لرجل وطيها مولاها فمات مولاها قبل الاجازة يتوقف النكاح الى اجازة الوارث وهو الابن حتى لو اجاز صح النكاح والا فلا • **قلنا** عدم توقف تصرف الفضولي الى اجازة الوارث لان المعنى من توقفه الى اجازة المورث كان رفع الضرر عنه وفي هذا اقام الوارث مقامه لدفع الضرر عن الوارث وههنا لو نظرنا الى الحل الباتّ على الحل الموقوف لان الامة لا تحل للابن وطيها حتى انه لو حل وطيها بان لم يطاها ابوه يبطل النكاح ايضا ولم يتوقف لورود الحل البات ولو صورت المشتري

مقام الوارث والحكم فيه ايضا كذلك على التفصيل ان كان المشتري ممن حل وطيها يبطل نكاحها والا يتوقف الى اجازته اليه اشير في الفصول الاسير وسيجيء مجالا الى باب مخاطبة الجامع • وفي شرح الطحاوي ليس هذا كالقسمة عند ابي يوسف فان القسمة الموقوفة باجازة الغائب جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فايدة في نقض القسمة ثم الاعادة ولو هلك المبيع قبل الاجازة فللمالك ان يضمن ايهما شا البايع والمشتري وايهما اختار برئ الآخر من الضمان فانه اختار تضمين المشتري بطل البيع وان اختار تضمين البايع ينظر ان كان قبض البايع مضمونا عليه نفذ بيعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم وان كان قبض امانة لا ينفذ بيعه لانه صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع بسبب الملك متأخر عن عقده الا اذا سلمه اولا ثم باعه فصار كالمغصوب بهذا اذا باعه بثمن دين وان باعه بعرض فهلك في يد البايع بطل البيع ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البايع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا قبضه بعقد فاسد وتصرف البايع في العوض قبل لحوق الاجازة قبل القبض باطل وبعد القبض باذن المشتري صريحا او دلالة نافذ ويلزمه قيمته او مثله وتصرف المشتري في المبيع قبل الاجازة باطل في الوجهين لعدم اذنه بما لكه حال البيع يعني قايم اوما لك وقت الاجازة بقايه اي بقا المعقود عليه اذ الظاهر بقا ما وجد وقع في شرط الاجازة وهو بقا المبيع عند الاجازة

قوله وقال محمد لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف وقول زفر والشافعي ومالك واحمد وهذه المسألة هي المسألة الثانية التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه فان ابا يوسف قال ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جايز وانما رويت ان العتق باطل • وقال محمد بل رويت لي ان العتق جايز ثم ما ذكر محمد قياس ووجهه ان هذا العتق توقف نفوذه على اجازة المالك • طاهر الملك وهو المغصوب منه فلا يجوز ان ينفذ من جهة من يحدث له كالمشتري بالخيار اذا اعتقه ثم اسقط خياره كذا في جامع شمس الايمة • قال الامام قاضي خان حاصل الخلاف راجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير فبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعند كما بيع الفضولي اوجب الملك على وجه التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت الاجازة لدفع الضرر عن المالك والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يتبين اثره في التصرفات الصادرة فاعتاق المشتري صادف ملكا موقوفا فيتوقف على الملك وانما لا ينفذ البيع الثاني لان المولى اذا اجاز البيع الاول ثبت الملك للمشتري الاول على البتات وطرو الباتّ على الملك الموقوف يبطل الموقوف وهذا لا يوجد في الاعتاق فينفذ اعتاق المشتري والولاء له والموقوف لا يفيد الملك اي في الحال بالاجماع ولو ثبت في الآخرة اي عند الاجازة وهو اي الملك الثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق بالحديث اذ فيه شبهة عدم الملك

قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل • **فان قيل** يشكل على هذا اعتاق المولى المكاتب فانه لو اعتق عبده المكاتب يصح والملك فيه ناقص بدليل حرمة الوطي للمكاتبة بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق فيهما ناقص • **قلنا** نعم كذلك الا ان الكتابة تنفسخ في ضمن الاعتاق لما ان عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانه رضي بالاعتاق بالبدل كان ارضى للاعتاق بلا بدل لما روينا انه عليه السلام قال لا عتق الحديث • ثم يؤدي المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب ولان يعتق المشتري اي لا ينفذ اعتاقه مع ان البيع بشرط الخيار اقوى من بيع الفضولي لانه متفق على جوازه والفضولي مختلف مع وجود رضا المالك على ثبوت الملك بخلاف الفضولي مع انه اي البيع بشرط الخيار اسرع نفاذا اي اقل احتياجا الى الملك في النفوذ من العتق لان الغاصب اذا باع ثم اجاز المالك صح البيع ولو اعتق •

ثم اجاز المالك لا يصح الاعتاق وكذا يصح بيع المكاتب والماذون لا عتقهما حتى نفذ اي البيع من الغاصب
يعني اذا باع الغاصب ثم ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتق ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه • **قوله**
مطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار • **وقيل** بكسر اللام والاول اصح • وقوله موضوع
لافادة الملك احتراز عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك • فيه اي في اعتاق المشتري على ما مر
وهو قوله لا ضرر فيه للمالك مع تخيره عليه اي على المالك الموقوف وينفذ اي الاعتاق بنفاده اي بنفاذه •
المالك لانه من حقوقه والشيء اذا نفذ نفذ بحقوقه واذا توقف توقف بحقوقه وصار اي اعتاق المشتري
من الغاصب كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف نفاذه على اجازة المرتهن او فك الرهن • والجامع
بينهما انه اعتاق في بيع موقوف يصح اي موقوفا بعد ذلك اي بعد اعتاق الوارث لان الغصب غير موضوع
لافادة الملك لانه عدوان محض بهذا التعليل لا يتم لانه يرد عليه ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة
المالك لانه لم يوضع لافادة الملك كما لا ينفذ عتقه لما ان كلا من جواز البيع والعتق يحتاج الى الملك •
ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكر في المبسوط • وبخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند
له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا تستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون
العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق
الزوائد المنفصلة والمتصلة • وفي الكافي انما يثبت الملك في الغصب عند اداء الضمان ضرورة كيلا
يجتمع البدلان في حكم ملك واحد فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف •
العتق حكما له بل يتوقف ان يصير سببا عند اداء الضمان والاعتاق وجد قبله والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها فيثبت الملك في حق اعدام اجتماع البدلان في حق جواز الاعتاق لانه اي البيع بالخيار •
ليس بمطلق اي غير تام فان الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك معدوما مع وجود
الخيار المانع له فلم يصادف اعتاق المشتري محلا مملوكا له فيلغو وههنا البيع مطلق والاصل في
الاسباب المطلقة العمل في حق الحكم بلا تراخي والتراخي انما يثبت لضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف
الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ويعني يتوقف الملك انه موجود في حق •
الاحكام التي لا تضر المالك بها كذا في الكافي بخلاف المشتري اذا باع حيث لا يتوقف الملك ببيعه بل
يبطل حتى لا يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب فاذا طرى اي الملك البات لغيره اي المشتري من الغا
وهو المشتري من المشتري الغاصب • ابطله اي الملك الموقوف لغيره لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف
في محل واحد والبيع في محل واحد • والبيع بعدما بطل لا يلحقه الاجازة وكذا لو وهبه الغاصب او تصدق
به عليه او مات فورثه فهذا كله مبطل للملك الموقوف لطرو الملك البات كذا في المبسوط ولان فائدة
التوقف النفاد ففي كل صورة لا يتحقق النفاد لا يتوقف كبيع الحر وههنا كما وجدت الاجازة يثبت الملك •
البات للمشتري الاول فيبطل الملك الموقوف للمشتري الثاني ولا جائز ان يثبت الملك البات لاستحالته
لان الشيء الواحد لا يكون ملكا لاثنين في زمان واحد • **فان قيل** يشكل على هذا الاصل ما اذا باع
الغاصب ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا • وان طرى الملك الذي يثبت للغاصب باداء الضمان •
على ملك المشتري الذي اشتراه منه وهو موقوف • **قلنا** ان ثبوت الملك ملك ضروري يثبت له ضرورة
وجوب الضمان فلم يظهر في حق ابطال المشتري • **فان قيل** لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف •
لاولى ان يمنعه لان المنع اسهل من الرفع فعلى هذا يجب ان لا ينعقد بيع الفضولي لان للمالك ملكا تاما فيجب ان يمنع
بيع الفضولي عن الانعقاد لعدم اجتماع ملك الموقوف مع البات • **قلنا** البيع الموقوف غير موقوف في حق
المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود اي وجودا للتعارض ولا تعارض ههنا لاختلاف محل

فان الملك

فان الملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف يظهر في حقه فتوقف التعارض بين الملكين فيرتفع
البات الموقوف • وقوله واما اذا كان ادى الغاصب الى آخره منع لما ذكره محمد بقوله وكذا لا يصح
اعتاق المشتري اذا ادى الغاصب الضمان بالاصح انه ينفذ عتق المشتري من الغاصب هكذا ذكر هلال
في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى • وفي الكافي ملك المشتري
يثبت مطلقا لا ضرورة • فاحتمل العتق بعد الاجازة بخلاف ملك الغاصب فانه يثبت ضرورة لما مر •
لان عند اجازة المالك ينفذ العقد وينفذ الملك للمشتري من وقت البيع لان سبب الملك هو العقد •
وكان تاما في نفسه • ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب فاذا ارتفع ذلك
بالاجازة ثبت له الملك من وقت البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان الزوائد حدثت
على ملكه فان لم يجز المالك البيع اخذها واخذ جميع ذلك معها لانه بقي ملكه متقررا واما تملك
الزوائد لملك الاصل وذكر الامام قاضي خان فيكون الارش له • ثم قال وهذا بخلاف ما اذا غصب
من الاخر عبدا وقطعت يده وادى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الارش للغاصب وان ملك المضمون
عند اداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لمكان
الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل • اما البيع سبب موضوع للملك فيعمل في المتصل
والمنفصل • **فان قيل** يشكل هذا بالفضولي اذا قال لمنكوحة الغير امرك بيدك فطلقت نفسها
ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق • وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للا
قلنا الفرق ان كل تصرف توقف حكمه على شيء فالاصل ان يجعل ذلك التصرف معلقا بالشرط لا ان
يجعله سببا من وقت وجوده تخلف الحكم عن السبب والاصل عدمه الا ان التصرف الذي
يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه يعذر جعله معلقا لما فيه معنى القمار فجعل سببا من وقت وجوده
متاخرا عنه حكمه والتفويض يحتمل التعليق فجعلنا الوجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند •
الاجازة يصير كانه وجد التفويض الان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة كذا في الفوائد الظهيرية
وهذه اي هذه المسئلة • وفي بعض النسخ وهو اي قوله فتبين ان القطع الى آخره والاول اصح وجهه
كونها حجة ان الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق ويكفي لاستحقاق الارش
وعندهما يكفي لهما • والعذر له اي لمحمد يعني الجواب عن هذه المسئلة على ما مر وهو ان المصحح للاعتاق
الملك الكامل على نصف الثمن قيد به لان اليد من الادمي نصفه فوقع نصف الثمن بمقابلة يد •
واحدة لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه كما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه والذ
دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن اي فيه شبهة
عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به • وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد
على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان بعد الارش قبل القبض •
ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت الملك فيه بطريق الاستناد
فكان ثابتا من وجه دون وجه • **قوله** وان باعه المشتري من الغاصب من آخر لما ذكرنا وهو قوله
لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات • **قوله** ولان فيه غرر الانفساخ • **فان قيل** هذا التعليل
شامل البيع الغاصب وبيع الفضولي لان فيهما غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة ومع ذلك
ينعقد موقوفا • **قلنا** ينعقد بيع الفضولي لما ذكرنا من الدليل انه لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه
نفع الى الاخر فرجحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ • فقلنا بانعقاده موقوفا ومثل هذا النفع
لا يوجد في البيع الثاني لانه لم يملكه المشتري الاول حتى يطلب مشتريا اخر فيجوز البيع الثاني عرضه

جاز

للانفساخ فلم ينعقد وذلك لو اعتبرنا نفس غرر الانفساخ بلا نفع يلزم ان لا يصح بيع اصلا خصوصا
في المنقولات لانه يمكن ان ينفسخ البيع بعد انعقاده بهلاك المبيع قبل القبض وذلك متروك اجماعا
فيجب ان يعتبر غرر انفساخ الذي يشبه نفع وذلك في البيع الثاني فلذلك اعتبر فيه دون غيره •
وعندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه الغرر بدليل ان المشتري لو اعتق
المبيع قبل القبض يجوز ولو باعه لا يجوز • وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف المبيع كما يتوقف الاعتاق
قوله فان لم يبعه المشتري اي المشتري من الغاصب ثم اجاز اي المالك البيع اي بيع الغاصب لم
يجز اي بالاتفاق وكذا بالعتق لما فات انضمامه ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف وذلك
لا يصلح ان يكون مقابلا الا بالبدل بخلاف البيع الصحيح يعني اذا باع بيعا صحيحا فقبل البيع قبل القبض •
لا ينفسخ العقد لان البدل وهو القيمة يقوم مقام عينه ولكن يتخير المشتري • **قوله** للتناقض وذكر
في الفوائد الظهيرية شبهة في هذا وهي ما ذكر في الكتاب فقال • **فان قيل** يشكل هذا بما ذكر
محمد في الزيادات وهو رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها ونقد الثمن ثم اقام بينة على اقرار
البائع ان الجارية لفلان وفلان يدعيها قبلت بينته وان كان متناقضا ولا فرق بينهما بسوى ان •
البائع ثمة اصيل وهنا وكيل • **قلنا** في مسئلة الكتاب قال بعض مشايخنا ما ذكر محمد هنا محمول
على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع • اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب
العبد لم يامر بالبيع فيقبل بينته لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقراره بعدم الامر •
بعد البيع قال ومسئلة الزيادات يجب ان تكون محمولة على هذا ايضا فحينئذ تقع الغنية عن التفرقة
بين المسئلتين قال شيخي صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء غير هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر
وفي الجامع وزيادات قاضي خان والفقه في هذين المسئلتين ان المشتري اذا اقر ان العبد للمشتري
ثم اقام البينة على اقرار البائع ان العبد للمستحق تقبل بينته لانه غير متناقض من كل وجه لانه لا يملك •
اصل العقد ولا يملك الثمن للبائع • فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما تنكر وصف
العقد وهو الصحة واللزوم وبعد الاقرار باللزوم من حيث الظاهر يكون متناقضا فكان متناقضا •
من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في المسئلة الاولى وهي مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير لانه
لا يفيد الدعوى وهي فائدة الرجوع بالثمن ثانيا على عدم سلامة البيع للمشتري ولم يسلم في مسئلة الزيادات
لان المبيع في يد المستحق ولا يفيد الدعوى فائدة الرجوع في مسئلة الكتاب لان المبيع سلم للمشتري
لانه في يده وانما جعلناه كذلك عملا بالشبهين • **قوله** اقرار منه بصحته لان المقصود من البيع
لان الاصل ترتب الاثر على المؤثر • واقدامه على البيع اقرار منه على ترتب الاثر على المؤثر فيكون هذا
اقرارا بلزومه منذ العقد ثم دعوى البيع بغير الامر دعوى من المشتري انه لم يقع لازما فيكون متناقضا
من حيث الظاهر بذلك اي بعدم امر رب العبد • **قوله** عند القاضي او عند غير القاضي الا ان
البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر مجلس القاضي ان طلب المشتري ذلك اي ابطال البيع لا يمنع
صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من انكر شيئا ثم اقر يصح اقراره بخلاف الدعوى لانه متهم فيه
اي يساعده اي يوافق البائع على اقراره • اذا صدق ومدعيه يعني اذا اشترى عبدا واستحقه
مستحق فصدقه المشتري واعطاه اياه ثم اراد الرجوع بالثمن على البائع فانكر البائع الاستحقاق •
فاقام المشتري البينة على البائع انه اقر ان العبد للمستحق لم تقبل بينته وان كان اقرار دعوى البائع
منه تناقضا اذ هو بالاقدام على الشراء اقر بانه ملك البائع والتناقض لم يمنع صحة الدعوى
ههنا • وفرقوا اي المشايخ ان العبد في هذه المسئلة اي مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون

بالقتل

البيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع اذ شرط الرجوع به عدم السلامة وفي تلك
اي في مسئلة الزيادات في يد غيره اي غير المشتري وهو المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له
حق الرجوع لانه وجد شرطه وحقيقته اي الفرق والفقه ما ذكرناه ونقلناه من زيادات قاضي خان
والفوائد الخبازية • ولمسئلة الزيادات تفريعات ذكرناها في الزيادات فتطلب ثمة • **قوله** ومن باع
دار الرجل اي غصبه غيره بغير امره • وفي جامع فخر الاسلام ومعنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف
بالغصب وكذبه المشتري • وقوله وادخلها المشتري في بنائه يعني قبضها وانما قيد بقوله وادخلها في بنائه
لان المسئلة هكذا وقعت لم يضمن البائع اي قيمة الدار لانه غصب منه • **مسائل** تتعلق
بهذا الفصل عقدان موقوفان اجيزا وتوافقا كالبيعين بينا ولو تنافيا ثبت اقواهما كالبيع والنكاح
والابطال كالنكاحين ولو اجمعا بيعين في عقدين فضوليين واجيزا معا اخذ كل واحد النصف
او ترك لان كل واحد شرع في العقد على انه كله له فاذا تنصف تخير والبيع اقوى من النكاح والاجارة
والرهن حتى لو باعه فضولي والاخر رهنه او اجره او زوجه فاجازهما المولى معا جاز البيع وبطل غيره
لان البيع اقوى لانه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره والعتق والكتابة والتدبير اقوى من غيرها لانها
لازمة بخلاف غيرها والهبة والاجارة اقوى من الرهن لان الهبة تفيد ملك الرقبة والاجارة ملك
المنفعة ولا كذلك الرهن والهبة اقوى من الاجارة والبيع اقوى من الهبة في الكل لان الهبة تبطل •
بالشيوع ويبقى البيع بلا مزاحم وفي العبد استويا لان الهبة مع القبض يساوي البيع في افادة الملك وكل
واحد ياخذ بالنصف لان هذه المشاع فيما لا يقسم صحيحة • وفي المحيط تبايع غاصبان غرضين لرجل
واحد فاجاز المالك لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين
بدون هذا العقد فلم ينعقد هذا العقد فلا يلحقه الاجازة • ولو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز المالكان •
جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا يتعين في
المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وبيع المرهون والمستاجر فاسد وعامة المشايخ
انه موقوف وهو الصحيح ولو وصل الرهن الى الراهن بالقضاء او الابراء • والمستاجر الى الموجر بمضي
المدة او الفسخ تم البيع وان لم يجز للمشتري الخيار اذا لم يعلم وقت الشراء الرهن والاجارة وكذا ان علم
عند محمد • وعند ابي يوسف ليس له نقض البيع مع العلم • **وقيل** ظاهر الرواية قول محمد
وقيل قول ابي يوسف وليس للمستاجر من فسخ البيع بلا خلاف • وفي المنتهى اختلاف المشايخ وليس
للراهن والموجر حق الفسخ • وفي جمع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب
منه بينة عادلة فلو اجاز تم البيع والا فلا • ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع • **وقيل** لا لانه
خلف بدلا والاول اصح • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف • وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب
جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى • وعن ابي حنيفة رضي الله عنه روايتان •

باب السلم

لما ذكر انواع البيوع التي لا يشترط في المجلس قبض العوضين
او احدهما بقي منها النوعان احدهما انه يشترط في المجلس قبض احد العوضين وهو السلم والثاني
ما يشترط فيه قبض العوضين جميعا وهو الصرف فشرع في بيانهما • ثم قدم السلم على الصرف لما ان
الترقي من الاقل الى الاكثر • او لان الواحد قبل الاثنين او نقول ما هو عزيمة والسلم رخصة فقدم العزيمة •
او نقول لما ذكر بيع المعين بالدين وبيع العين بالعين شرع في بيان بيع الدين بالعين وهو السلم
لان راس المال قد يكون عينا ولانه لما شرط قبضه في المجلس صار بمنزلة العين وبين الصرف تعدد
لانه بيع الدين بالدين والسلم لغة بمعنى السلف وهو نوع من البيوع تعجل فيه الثمن ولهذا **قيل**

انه اخذ عاجل باجل شرعًا ولغة واختص هذا النوع بهذا الاسم بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل
احد البدلين والهمزة فيه للسلب اي ازال سلامة الدراهم بالتسليم الى مفلس مؤجلًا وهو من التسليم
لان تسليم راس المال فيه واجب وفي الايضاح السلم لغة عبارة عن الاستعجال والسلم والسلف
بمعنى واحد وخص هذا النوع بهذا الاسم لان شرعيته كان لمعنى يختص براس المال وهو استعجاله وتحصيله
قبل وجود المبيع لمكان الحاجة اليه • **وقيل** سمي به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود
المعقود عليه في ملك العاقد • والسلم انما يكون عادة فيما ليس بموجود في ملكه فيكون معجلا على وقته
كذا في الكافي والقياس يابى جواز السلم لانه يكون عادة فيما ليس بموجود بيع معدوم اذ السلم فيه هو
البيع لكنه جوز بالنص وهو اية المداينة احل السلم المضمون الى الموجل وهذا جاء في رواية اخرى انه
تعالى احل السلف الموجل • **وقيل** اي السلم الواجب في الذمة • وقوله المضمون صفة للسلف
مقررة لا مميزة كما في قوله تعالى الذين الذين اسلموا • **وقيل** مميزة لان السلف يطلق ايضا على معنى
آخر يقال سلف الرجل اباؤه الاقدمون ومعنى قوله تعالى تداينتم تعاقدتم وتعاملتم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان هذا نقل الحديث بالمعنى ولفظ الحديث لا تبع ما ليس عندك ثم الصحابة رضي الله
عنهم دونوه بهذا اللفظ والمراد بما ليس عندك ما ليس في ملكه فانه لو كان في ملكه تجوز وان لم
يكن حاضرا اذا كان المشتري راه قبل ذلك • وفي المبسوط وعن ابن عباس انه عليه السلام دخل المدينة
فوجد اهلها يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال من اسلم منكم فليسلم الحديث وانعقد الاجماع
على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة فانه يحتاج اليه الفقير والغني لانه ربما لا يكون عنده عين مال
يبيعها وينفق على نفسه فيحتاج الى اخذ السلم والغني يحتاج الى ان ينفق على نفسه وعياله فيحتاج الى
الاسترباح والاسترباح يحصل بهذا الطريق اكثر مما يحصل بشرا الاعيان لان الاعيان يشترى بمثل الدين
بالاقل منه فيجوز باعتبار الحاجة ويصح السلم بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كر حنطة صفقته كذا
بكذا الى كذا على ان يوفيه في مكان كذا وبه قال الشافعي في الاصح وقال زفر وبه قال الشافعي في
وجه اي لا ينعقد به وهو قول عيسى بن ابان لان الاصل ان بيع المعدوم باطل لان شرعية البيع لحاجة
الناس ولا حاجة في المعدوم وهو القياس وانما جوز ورخص في السلم فينعقد جوازه بهذا اللفظ عملا
بالاصل • **وقلنا** ان كل واحد من البيع والسلم تمليك مال بمال كالبيع اسم جنس فاصيب به
كما يصاب باسم جنسه ونوعه ثم شرائط جواز السلم سبعة عشر ستة في راس المال واحد عشر في
المال واحد عشر في المسلم فيه • اما الستة فاحدها بيان جنسه انه دراهم او دنانير او من المكيل والثاني
بيان نوعه انه دراهم غطريفية او عدلية او دنانير محمودية او هروية وهذا اذا كان في النقود
مختلفة والا فذكر الجنس كاف • والثالث بيان الصفة انه جيد او وسط او ردي والرابع اعلام
قدر راس المال • والخامس كون الدراهم منتقدة عند ابي حنيفة مع اعلام القدر • والسادس تعجيل
راس المال وقبضه قبل افتراقهما • واما احد عشر احدها بيان جنس المسلم فيه • والثاني بيان نوع
بان يقول حنطة سقية او بخسية او جبلية او سهلية • والثالث بيان الصفة والرابع اعلام قدره
بكيل معروف عند الناس • والخامس ان يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى لا يجوز في الدراهم والدنانير
واما التبر فهل يجوز السلم فيه فعلى رواية الصرف لا يجوز لانه الحقه بالعروض • والسابع الاجل فيه
والثامن وجوده من حين العقد الى حين المحل • والتاسع ان يكون العقد باتا تاما لا خيار فيه والعاشر
بيان مكان الايفا فيما له حمل ومؤنة • والحادي عشر ان يكون العقد مما يضبط بالوصف وهو ان يكون
من الاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب كذا في التحفة وغيرها **قوله**

لابدوان

لابد وان تكون ثمنا لان السلم شرع بطريق الرخصة بقوله عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم والرخصة استباحة المحظور مع قيام الحاظر واستباحة الشيء مع قيام الحاظر بخلاف
القياس فكان السلم جوز على خلاف القياس هو اذا كان المسلم فيه مبيعا ولو كان ثمنا كان جوازه
مع موافقة القياس لان بيع الثمن والثمن ليس في ملكه جائز قياسا واستحسانا فلا يتحقق معنى الرخصة
فيها اي في الدراهم او الدنانير وصورته ان يسلم عشرة اذرع من الكرباس او غيره من المكيل او الموزون
في عشرة دراهم او في دينار • اما لو اسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لا يجوز بالاجماع لانه ربا
قوله ثم قيل يكون باطلا الى آخره ومدار الاختلاف فيما اذا اسلم الحنطة وغيرها من العروض
في المبسوط لو اسلم الحنطة في الذهب او الفضة لا يجوز عندنا وعند الشافعي في القديم
يجوز وبه قال مالك بناء على ان النقد يصلح ان يكون مبيعا عنده ولكن ذكر في كتبهم انه يصح مطلقا
ويذكر فيه اوصاف النوع واللون والجودة وانه حديث او عتيق وصغار او كبار وعندنا لا يصلح
والمسلم فيه مبيع فاذا لم يكن هذا سلما قال عيسى بن ابان يكون عقدا باطلا • وقال ابو بكر الاعمش انه بيع
الحنطة بدراهم مؤجلة فيكون صحيحا اذ حمل كلامهما على الصحة مهما امكن واجب وما ذكر عيسى اصح
لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يشتغل بتصحيح العقد في المحل الذي اوجب المتعاقدان
العقد وهو الدراهم او الدنانير وذلك غير ممكن لما ذكرنا انه لا بد ان يكون المسلم فيه مثمنا ولا وجه
لتصحيحه في محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه • وكذا في المذروعات لامكان ضبط صفتها ولاطلاق
للائمة الاربعة في جواز السلم فيما يمكن ضبط صفته • **فان قيل** ينبغي ان لا يجوز السلم في المذروعات
لان السلم ثبت بالنص بخلاف القياس كما بينا والنص ورد في الكيلي والوزني قال عليه السلام من اسلم منكم
فليسلم الحديث • **قلنا** يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما ان قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم يقتضي الجواز فيهما باعتبار التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية
تتحقق فيجوز الحاقه بهما بطريق الدلالة • **فان قيل** انما يجوز العمل بالدلالة اذا لم تعارضه عبارة
النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك نافية لالحاقه بهما لان تلك العبارة لما
خصت بالكيلي والوزني بالحديث اخص الجواز فيهما وبقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قوله عليه السلام لا تبع
الحديث والمذروع مما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة • **قلنا** هذا الذي ذكرته حجة علينا
لان العام من الكتاب اذا خص منه البعض لا يبقى الباقي حجة اصلا عند الكرخي فكيف في السنة وعلى
القول المختار ان بقي حجة ولكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد لانك ان دلالة النص اقوى
من القياس وخبر الواحد فلم يكن ذلك العام معارضا للدلالة فبقيت الدلالة سالما عن المعارض فيجوز
السلم في المذروعات والعدديات وان بولغ في ضبطها بذكر النوع والجنس والصفة والصنعة
لم يخرج من كونها من ذوات القيم وبها من ذوات الامثال فلا يتحقق المساواة بينهما من جميع الوجوه
قلت جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان وما ذكروا وجه القياس فكم من تفاوت بين
الشيئين يتحمل ذلك في المعاملات دون الاستهلاكات وفيها تجب القيمة لا في المعاملات مع وجود المساواة
فيما يبتنى على جواز السلم اذ المساواة في جميع الوجوه غير ممكن وفي الايضاح جواز السلم في الثياب بطريق
الاستحسان لانها مصنوع العبد والعبد يصنع بالآلة فاذا اتحد الآلة والصانع يتحد المصنوع فلا يبقى
بعد ذلك الا قليل تفاوت وذا يتحمل في المعاملات دون الاستهلاكات • الا ترى ان الاب اذا باع مال
ابنه الصغير بغبن يسير كان متحملا • ولو استهلك شيئا يسيرا يجب عليه ضمانه ولا بد منها اي من الصفات
الثلاث • وفي المجتبى والقياس ان لا يجوز السلم في المذروعات كالثياب والحصر والبواري لتعذر قبولها في

الذمة ولهذا لا يضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر لكن ترك ذلك باجماع الفقهاء فيه باصطلاح الناس
على اهدار التفاوت فان المسامحة تجري فيما بينهم في صغيره وكبيره فانك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين
واما تتفاوت انواعه في المالية وذلك التفاوت يزول بذكر النوع ولهذا جوزوا السلم في الباذنجان
والكاغد عددا وبه قال الشافعي تفاوتا فاحشا فانك ترى بطيخا بدرهم وبطيخا بفلس وبطيخا بفلس
وبطيخا بفلسين والحد الفاصل بين المتقارب والمتفاوت ان ضمان مستهلكه بالمثل يكون متقاربا وبالقيمة
يكون متفاوتا وفي المبسوط والفرق بينهما ما نقل عن ابي يوسف ان كل ما يتفاوت آحاده في القيمة فالتسليم
على ما وصف في المسلم فيه والتسوية يتحقق فيجوز الحاقه بهما بطريق الدلالة **فان قيل** انما يجوز العمل
بالدلالة اذا لم تعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلم لا تبع ما ليس عندك تنافيه لا الحاقه
بهما لان تلك العبارة لما خصت بالكيلي والوزني بالحديث اخص الجواز فيهما وبقي ما وراءهما انواعه فهو مستفاد
واليه اشير في الكتاب بقوله ويتفاوت آحاده في المالية الاخر فيهما اي في المعدودات المتقاربة عددا
وبه قال الشافعي يجوز السلم في المعدودات المتقاربة والمتفاوتة وزنا وهل يجوز كيلا له فيه وجهان
وقال زفر لا يجوز كيلا ويجوز عددا وقال الشافعي في الجوز واللوز يجوز وزنا ولا يجوز كيلا ولا عددا لانهما
انهما لا يعتدلان في المدخول تحت الكيل وبقي بين الجوزتين فضا ولانه عليه السلام قال في كيل معلوم ووزن
معلوم وفي الكيل تفاوت فيجوز بالوزن وليس بمكيل اذ فيه الصغير والكبير فلا يعتدلان في المدخول
تحت الكيل فيجري فيه المنازعة المانعة من التسليم والتسلم كذا في المبسوط وفي الكافي ولا نص في الكيل
والوزن فيعتبر فيه العرف السالمة من التسليم والتسلم وهو بالعد وعنه اي عن زفر انه لا يجوز عددا ايضا
وبه قال الشافعي للتفاوت اي لتفاوت آحاده فيجري فيه المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم كما في [illegible]
والبطيخ وانما صار ذلك المعدود معدودا باصطلاحهما اي باصطلاح المتعاقدين فيسقط باعراضهما
فلا يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وعند محمد لا يجوز السلم في الفلوس عددا وروى
ابو الليث الجواز عنه لانها اي الفلوس ما دامت رائجة اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز بالاجماع
وبعد الكساد قطاع صفر موزونة فلا يجوز السلم فيها عددا ولكن الاصح انه يجوز السلم فيها عددا لان صفة
الثمنية فيها عارضة باصطلاح الناس والمتعاقدان اعرضا عن هذا الاصطلاح حين عقدا السلم فيه وما
اعرضا عن كونها عددية اذ ليس من ضرورة خروجها عن كونها ثمنا خروجها عن كونها عددية كالجوز
والبيض واما الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة فلا ينعدم ذلك بجعلهما اياه مبيعا الا ترى ان الفلوس
تارة تروج وتكسد اخرى وتروج في ثمن الخسيس بخلاف النقود كذا في المبسوط وقوله ولا يعود وزنيا رد
لقول محمد انها بعد الكساد تعود وزنيا لانها قطاع صفر موزونة **قيل** جواز السلم في الفلوس قول
الكل ولفوت الفرق لمحمد بين السلم والبيع ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مثمنا فيتضمن اقدامهما
على السلم ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما اما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا كالدراهم والدنانير
فلم يكن في جعلها مثمنا ضرورة فبقي كما كان فلا يجوز السلم فيها كذا في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام
قيل هو ظاهر رواية محمد وقد ذكرنا من قبل اي في باب الربوا ولا يجوز السلم في الحيوان
سواء كان دابة او رقيقا وبه قال الثوري والاوزاعي وقال الشافعي يجوز وبه قال مالك واحمد الا في
الخلفات فان الخلفة اسم لمجهول الحال واما في الحال المطلق لا صفة لا يجوز بالاتفاق وبيان الجنس
بان ابل والنوع بان قال بختي وعربي والسن بان قال بنت مخاض او جذع او ثني وفي الرقيق بان قال
تركي او رومي او هندي والصفة بان قال سمين او هزال ابن عشرين سنة ذكرا او انثى واحتج بما روي عن عمرو
بن العاص قال انه عليه السلام امرني ان اشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وعن علي انه باع بعيرا له

بعشرين بعيرا الى اجل وعن ابن عمر انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها وفي باربعة ابعرة
مضمونة والمعنى انه مبيع معلوم مضبوط الصفة لان ببيان هذه الاشياء يصير معلوما مضبوطا والتفاوت
بعد ذلك يسير غير معتبر كما في الديباج والثياب النفيسة والدليل عليه ان بني اسرائيل استوصفوا البقرة
فوصفها تعالى لهم فادركوها بتلك الصفة حيث قالوا الآن جئت بالحق وقال عليه السلام لا يصف
الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر اليه ولا تصف المراة المراة بين يدي زوجها حتى كانه ينظر اليها
فقد جعل الموصوف من الحيوان كالمرئي ولهذا يثبت في الذمة مهرا والشهادة وفيه يسمع ذكر الصفة
مع ان شرط صحتها كون المدعى المشهود له معلوما بذكر الوصف ودرك نهاية الوصف غير معتبر شرعا
فان بين جيد وجيد من المكيل والموزون تفاوتا لا يخفى وكذا بين الثوبين والديباجين فجعل الشرع عفوا
كذا في المبسوط وكتبهم • ولنا ما روى ابن عباس انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان وروى ان
ابن مسعود دفع مالا مضاربة الى رجل فاسلم الرجل المال في قلائص فقال ابن مسعود اردد مالنا لا نسلم
اموالنا في الحيوان وعن ابن عمر انه قال ان للربوا ابوابا لا تكاد تخفى على احد منها السلم في السن •
والمعنى انه اسلم في مجهول فلا يصح كما في الجواهر الكبار وهذا لانه بعد ذكر ما ذكر الخصم يبقى تفاوت
عظيم في المالية باعتبار معان اخر كالصباحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكتابة وحسن
الشعر والهملجة وهي مشي سهل وشدة العدو في الدواب فانك ترى عبدين وامتين متفقين في الاوصاف
المذكورة المشروطة ومع ذلك تساوي احدهما بالوف والاخر بالف • **قال الشاعر** رب واحد
يعدل الالف زائدا والوف تراهم لا يساوون واحدا • وفي المغرب بالعين المهملة البيت غير مستقيم وانما
وانما هو رب فرد والف لا يساوون واحدا الى آخره • والوف بالجر لا يساوون كواحد وهذه معان
لا تنضبط بالوصف فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة • وكما ان العين مقصودة فالمالية ايضا مقصودة
بل اكثر لان المقصود من العقد الاسترباح وذلك يكون بالمالية بخلاف الثياب فانها خصت عن •
القياس باثر علي وابن عباس فانهما اجازا السلم فيها ولان الثياب مصنوعة العباد والعبد انما يصنع
بالة فاذا اتحد الصانع والالة اتحد المصنوع • والثياب اذا نسجت في منوال واحد على منوال واحد
على هيئة واحدة لا تتفاوت بالمالية الا يسيرا ولا يعتبر بذلك القدر كالتفاوت بين الجيد والجيد •
من الحنطة في المالية • فاما الحيوان صنع الله تعالى وذلك يكون على ما يريد الله تعالى فقد يكون على
وجه لا يوجد له نظير • ولو بالغ في بيان وصفه يصير عديم النظير • وفي مثله لا يجوز السلم
بالاتفاق وعن عمرو ابن ابي عمرو عن محمد قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف
قال لا فانا نجوز السلم في الديباج ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من
ضبط الديباج ولكنه بالسنة • واما تاويل آثار الخصم انه كان قبل نزول آية الربوا او كان ذلك
في دار الحرب وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الالات كان من دار الحرب في قربها
الى دار الاسلام يومئذ وقد بينا الفرق بين الثياب والجواهر والحيوان فلا يجوز القياس عليه • واما
ذكر الله تعالى لبني اسرائيل الاوصاف الظاهرة وذلك يمكن علامة عندنا ثم كان المقصود التشديد
عليهم لما استقصوا في الاستيصاف مكنا قاله ابن عباس • وانما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن الاستيصاف لخوف الفتنة وذلك بالاوصاف الظاهرة منها تصير معلومة وثبوته بالذمة
لكون النكاح مبنيا على التوسع فان المقصود به شيء آخر غير المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز •
من غير بيان الوصف هناك كذا في المبسوط والاسرار • **فان قيل** السلم في الحيوان انما لا يصح لتفاوت
يعتبره الناس والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم ان يجوز السلم فيها • **قلنا** العبرة في المنصوص

لعين النص لا للمعنى في النص او نفصل بين حيوان وحيوان كذا في الكافي وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصا فيه
وان كانت من العدديات المتقاربة الا انه في معنى المنقطع لانها مما لا يبقى ولا يحبس للتوالد وقد لا يمكن
اخذه ولا اذ كان لا امكان الاخذ لتقام مقام الوجود بخلاف اسماك الطري لرجحان امكان اخذه **فان**
قيل الحديث بظاهره لا يدل على ما ادعينا فان الخصم يقول ايضا بان السلم في الحيوان المطلق لا يجوز
كما اقتضى ظاهر الحديث لكن الكلام في الحيوان المخصوص بالاشياء التي ذكرناها **قلنا** قد فسر هذا
محمد في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس
بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد ما لنا لا نسلم اموالنا في الحيوان كذا في المبسوط
فعلم ان جواز السلم فيه لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف • **قوله** ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في
اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وبه قال الشافعي في الاظهر والاكارع جمع الكراع وهو ما دون
الركبة في الدواب كذا في المغرب ولا في الجلود اي لا يجوز السلم فيها عددا وبه قال الشافعي في الاظهر •
وقال مالك واحمد في قول يجوز السلم في الجلود والرؤس والاكارع عددا او وزنا ومعلوم الصفة
بالذكر ولا يتها في معنى الثياب على معنى انه يتخذ منه الفرو والقلانس والخفاف كالثياب يجوز فكذا في
الجلود • **ولنا** انها لا توزن عادة ولكنها تباع عددا وهو عددي متفاوت فيها الصغير والكبير
ويختلف بالسمن والهزال فلا يجوز السلم فيها والحاصل ان هذا مبني على السلم في الحيوان وقد قام دليلنا
على ان السلم في الحيوان لا يجوز فكذا في ابعاضه • وكذا لا يجوز السلم في الادم والورق لانه يتفاوت
فيه الصغير والكبير الا ان يشترط من الادم ضربا معلوم الطول والعرض والجودة فحينئذ يجوز
كما في الثياب وكذا اذا كان يباع الادم وزنا فيجوز السلم فيها اذا كان على وجه لا يمكن المنازعة
في التسليم والتسلم كذا في المبسوط وفي التخريج • ولو بين الجلود ضربا معلوما يجوز السلم فيها
قوله جرزا بتقدم الراء المهملة على المعجمة وهي القبضة من القت ونحوه او الحزمة لانه قطعه
من الجزر بالزائين المعجمتين لجمع جزة وهو الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه • وفي المبسوط ولا يجوز
او قارا الا ان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه فان الاوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تمكن المنازعة
في التسليم والتسلم على وجه لا يتفاوت الا بالشد كالطاح اما اذا كان يتفاوت كالشوك والسوس
فلا يجوز لافضائه الى المنازعة **قوله** الى حين المحل من حين حلول الاجارة بقولنا قال الاوزاعي يعتبر وجود
وقت المحل خاصة وبه قال مالك واحمد واسحق وفي المبسوط اجمعوا على ان المسلم فيه اذا كان
موجودا وقت العقد معدوما عند المحل لا يجوز العقد ولو كان معدوما عند العقد موجودا عند المحل
قال علماؤنا لا يجوز • وقال الشافعي يجوز ولو كان موجودا عند العقد وعند المحل ولكن انقطع
فيما بين ذلك • وعلماؤنا اعتبروا وجوده عند العقد وعند المحل وفيما بين ذلك فتكون المسئلة على
اوجه للشافعي حديث ابن عباس رضي الله عنه انه عليه السلام دخل المدينة واهلها يسلفون
في الثمار السنة والسنتين فقال من اسلم منكم الحديث ومعلوم ان الثمار الرطبة لا يبقى الى هذه المدة
ومع ذلك قررهم على السلم فيها والمعنى ان وجوب التسليم بحكم العقد عند حلول الاجل فيشترط وجوده
عنده ليحصل القدرة على التسليم ولا يقال من الجائز ان يموت المسلم اليه عقيب العقد فيحل الاجل فيجب
التسليم لان هذا موهوم ولا يبنى العقد على الموهومات الا ترى ان اعتبار هذا الموهوم يؤدي الى الحلول
او جهالة الاجل وذلك مبطل للسلم وان كان موجودا في الحال وكذا لو انقطع فيما وراء المحل يجوز •
وان كان يتأخر التسليم الى ان ينقطع ولان وجود المسلم فيه في مكان العقد فكذا في زمان العقد
لان التسليم لا يتأتى الا بامكان وزمان ثم سقط اعتبار وجوده في مكان العقد فكذا في زمان العقد فكذا

في زمان العقد • ولمالك ان وقت العقد وقت التزام فيشترط وجوده فيه ووقت المحل وقت التسليم
فيشترط وجوده فيه اما فيما بين ذلك ليس وقت الالتزام ولا وقت التسليم فلا اشتراط وجوده فيه
كما في التعليق فان الملك شرط في الابتداء للانعقاد وفي الانتهاء شرط لنزول الجزاء وفيما بين ذلك لا اشتراط
الملك فكذا ههنا كذا في المبسوط • **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا الحديث وفي الحديث
المعروف انه عليه السلام نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهي عنها الا ان ذلك جائز
بشرط القطع فعرف ان المراد عن بيعها سلما ومن جوز السلم في المنقطع فقد جوز السلم في الثمار قبل بدو
الصلاح فالحديث دل على ان الوجود معتبر من وقت العقد الى وقت المحل • والمعنى فيه ان قدرة العاقد
على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوما
في الحال لان العاقد لا يقدر على تسليمه الا باتصال حياته باوان ذلك الشيء واتصال حياته به
موهوم وبالموهوم لا يثبت القدرة لا يقال حيوته موجودة في الحال فيبقى في ذلك الوقت باستصحاب
الحال لان دليل الاستصحاب معتبر في ابقاء ما كان على ما كان لا في اثبات امر لم يكن كحيوة المعقود
فانها باقية بالاستصحاب في ابقاء ماله على ملكه لا في توريثه من مورثه وبهذا الطريق لا يثبت
القدرة على التسليم الا ان يكون موجودا في الحال حتى يكون حياته متصلا باوان ذلك الشيء ثم عجز
بالموت او بتأخر التسليم الى ان ينقطع موهوم فلا يعتبر في افساد العقد يوضحه انما بعد العقد بمنزلة
حال المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيا الى ذلك الوقت وذلك موهوم وما
بعد العقد وقت وجوب التسليم بشرط موته وذلك موهوم ايضا فاستويا فلما استويا من هذا الوجه
وقلنا بشرط الوجود من وقت العقد الى وقت المحل لتوهم وجود الموت فيما بين ذلك ووجوب التسليم
عليه في ذلك الوقت والموهوم ههنا ملحق بالمحقق الا ترى انه لو اسلم في ثمار رجل بعينه او ثمر حائط
بعينه لم يجز لتوهم هلاكه وتوهم هلاك ثمر من حائط دون سائر الحوائط اندر من هلاك الحي فلما اعتبر
الموهوم هنالك يجب ان يعتبر ههنا بالطريق الاولى كذا في المبسوط والاسرار وهذا معنى قول المصنف
فلا بد من استمرار الوجود الى آخره لانه اذا مات احد المتعاقدين بعد العقد قبل المحل يلزم تسليم
المسلم فيه وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا
ذكره ابو بكر البلخي كذا في الذخيرة وفي مبسوط ابي اليسر ولو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح
السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في
الرطب ببخارى لا يجوز وان كان يوجد بسجستان • **قوله** ولو انقطع بعد المحل اي وقت حلول
الاجل قبل التسليم فرب السلم بالخيار اي لا يبطل العقد عند علمائنا وبه قال الشافعي في قول وروي انه
عن الكرخي ويسترد رأس المال للعجز عن التسليم وصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في بيع العين فان البيع
كما لا يثبت في غير محله لا يبقى بعد فوات محله كما لو اشترى بالفلوس شيئا ثم كسدت قبل القبض بطل
العقد لهذا المعنى فكذا ههنا • ولنا ان السلم قد صح وتعذر التسليم يعارض على شرف الزوال فيتخير
العاقد فيه كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه دين ومحل الدين فيبقى الدين ببقاء
محله وكان المعقود عليه باقيا ببقاء محله ولكن تأخر التسليم الى اوان وجوده وفيه تغيير الشرط
العقد فيثبت للعاقد الخيار من الفسخ والانتظار الى اوان وجوده وبه فارق هلاك العين في بيع العين
فان المعقود هناك يفوت اصلا • ولذلك الفلوس اذا كسدت فان العقد يتناول فلوسا هي ثمن
وبعد الكساد لا يبقى ثمنا اصلا ولا يرجى اصلا لرواجه ظاهرا ولو رجي لا يعلم متى تروج فلم يكن للقدرة
على التسليم اوان معلوم فيبطل العقد بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الثمار والقدرة على التسليم

ان ارنا معلوما فتخير كذا في المبسوط **قوله** في السمك المالح وبالفارسية ماهي خشك • وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه ملح ولا يقال سمك مالح الا في لغة رديئة ولكن قال الشاعر
بصرية تزوجت بصريا اطعمها المالح والطريا • قال الامام الزرنوجي وكفى بذلك حجة للفقهاء وقال
الشافعي ومالك واحمد يجوز السلم في جميع انواع السمك وزنا ولا يجوز السلم فيه اي في السمك المالح
عددا وكذلك الطري وبه قال الشافعي ومالك واحمد للتفاوت اي لتفاوت احاده فان فيه
الصغير والكبير ولان الناس اعتادوا بيعه وزنا فكذا في السلم • وفي شرح الطحاوي لا يجوز السلم
في السمك عددا طريا كان او مالحا لتفاوت احاده ولو اسلم فيه وزنا ان كان مالحا يجوز
وان كان طريا ان كان العقد في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك يجوز والا فلا هذا حاصل ما ذكر
في المبسوط • وفيه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الكبار من السمك التي تقطع لا يجوز السلم في لحمها
كما في الحيوان لانه اذا كان يقطع يجري المماكسة في نزع العظم منه وتختلف رغبات الناس باختلاف
الموضع اما الصغار فيه يباع فيه وزنا • ومما لا ينقطع فيجوز السلم فيها وزنا • وعن ابي يوسف لا يجوز
لا يجوز السلم في الكبار وزنا بخلاف اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع منه الجنب او الظهر ولا يتاتى
ذلك في السمك فلا يجوز السلم فيها وزنا وفي الايضاح • والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز فيه
السلم كيلا ووزنا • وفي الكبار روايتان ولا فرق بين الطري والمالح • وفي بعض المبسوط طعن بعض الناس
على محمد في قوله الا في حينه • وقال الطري مما يوجد في الاحايين كلها الان وجوده لا يكون الا بالاخذ
وانه ممكن في كل الوقت وهذا وهم لانه قد يتعذر اخذه في بعض الاوقات بانجماد الماء فكان اشتراط
الحين صحيحا مطلقا اي في حينه وغير حينه • **قوله** وعن ابي حنيفة الى اخره رواية الحسن كذا رويا
قوله ولا خير لا يجوز السلم في اللحم وعن العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله في المجتهد
اذا استخرج حكما بالراي فان كان في حيز عدم الجواز يقول لا خير وان كان في حيز الجواز الاولى
لا باس تحرزا عن القطع في حكم الله تعالى بالراي • وفي المبسوط وانما قال لا خير لانه مختلف في قول
ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد يجوز السلم في اللحم ان بين جنسه ونوعه وصفته وموضعه
كشاة خصي ثني سمين من الجنب او الظهر مائة من وبه قال الشافعي • وفي العيون الحقائق والفتوى على
قولهما لانه اي اللحم موزون في عادة الناس مضبوط الوصف ببيان هذه الاشياء • وفي المبسوط **قيل** لا
خلاف بينهما وبين ابي حنيفة بل جواب ابي حنيفة فيما اذا اطلقا السلم في اللحم ومما لا يجوز ذلك ايضا
وجوابهما فيما اذا بينا موضعا معلوما • وابو حنيفة يجوز ذلك ايضا والاصح ان الخلاف ثابت وعنده
لا يجوز السلم وان بين موضعا معلوما • وجه قولهما انه موزون معلوم مضبوط الوصف فيجوز السلم فيه
كما في سائر الموزونات • **قوله** ولهذا يضمن بالمثل الى اخره دليل كونه موزونا وما فيه من العظم
غير مانع لجوازه لانه ثابت باصل الخلقة • ولهذا يجوز السلم في الالية وان كانت لا تخلو عن ادنى عظم
ويجوز السلم في الشحم والالية بالاجماع لانه موزون معلوم الوصف لا يمكن وصف موضع اي من لحم الطيور
لان لحم الطيور قليل ولا يشترى لحم العضو عادة • وفي الذخيرة لا يجوز السلم في لحم الطيور ما عددا فظاهر
لانه عددي متقارب • واما وزنا فظاهر وما ذكر محمد يدل على جوازه لانه اطلق • **وقيل** المسألة
لا يجوز عندهم الا انه حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا يقتنى ولا يحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب
انه اسلم في المنقطع فلا يجوز عند الكل • فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد يجوز عندهم لان ما يقع من التفاوت
في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس فلا يجري فيه المنازعة بسببه فكان بمنزلة
عظم الالية وعظم السمك والية ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده • وعن ابي يوسف ما لا يتفاوت احاده

[illegible]

كالعصافير ونحوها يجب السلم فيها وفي لحومها • وبه قال الشافعي في لحوم كل الطيور • وله اي لابي حنيفة
انه اي اللحم مجهول لان اللحم يقل عند عظم العظم ويكثر عند صغره فكان المسلم فيه مجهولا الا ترى
انه يجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك • فالمشتري يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه ومثل
النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى في التمر فان المنازعة
لا يجري في نزع ذلك وكذلك العظم الذي في الالية • وعلى هذا الطريق اذا اسلم في منزوع العظم يجوز
السلم فيه عنده وهو اختيار محمد بن شجاع البلخي كذا في المبسوط • او في سمنه اي سمن اللحم وهزاله وفي
المبسوط الطريق الاخر له ان اللحم مشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلف فمنهم من
يرغب في السمن ومنهم من يرغب في الهزال • وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وكثرته
والسلم لا يكون الا مؤجلا وعند حلول الاجل لا يدري على اي صفة تكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر
الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه يفارق الاستقراض فالقرض لا يكون الا حالا وفي
الحال صفة السمن والهزال معلومة بخلاف الشحم والالية فالتفاوت فيهما من حيث القلة وبذكر الوزن
يزول القلة • وهذا الطريق لا يجوز السلم في منزوع العظم وهذا معنى قول المصنف وفي مخلوع العظم لا يجوز
على الوجه الثاني وهو الاختلاف في السمن والهزال وهو الاصح لجواز ان يكون الحكم معلولا بعلتين ولا يلزم
من انتفاء احدى العلتين انتفاء الحكم • وقوله والتضمين جواب عن قولهما يعني اللحم من ذوات القيم وان كان مثليا
ففيه روايتان والاستقراض وزنا ممنوع ايضا وبعد التسليم يعني سلمنا ان اللحم مضمون بالمثل فنفرق بين
الضمان والسلم والفرق ان المعادلة في باب الضمان شرط بالنص والمثل اعدل من القيمة لانه يماثله
صورة ومعنى والقيمة لا تماثله صورة والموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين فكان اقرب منها
فكان ايجاب الضمان بما فيه تفاوت قليل اولى من الحاقه بما فيه تفاوت كثير وكان ايجاب الضمان بالمثل
لا يدل على عدم التفاوت ولان القبض يعني في الاستقراض يقبض حالا لا ترتفع الجهالة فلا تفضي الى المنازعة
اما في السلم فالمسلم فيه يعرف بالوصف وبالوصف لا ترتفع الجهالة تفضي الى المنازعة • وفي
الكافي القبض محسوس معاين في القرض واخذه فامكن اعتبار المقبوض ثابتا بالاول والسلم يقع على الموصوف
في الذمة بالوصف عند العقد لا يعرف الوجود عند المحل فلا يكتفى به اي بالوصف فبقاء الجهالة المفضية الى
المنازعة • **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا يعني يشترط لصحته الاجل وبه قال مالك واحمد وقال
الشافعي يجوز اي السلم بدون الاجل • وفي بعض النسخ يجوز حالا وبه قال عطاء وابو ثور واختاره ابن المنذر
وصورة السلم ان يقول اسلمت عشرة في كر حنطة ولم يذكر الاجل لاطلاق الحديث ولنا ما روي انه عليه
السلام انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فالنبي عليه السلام اجاز السلم مطلقا
فاشتراط التاجيل زيادة على النص ولانه مبادلة المال بمال فلا يكون التاجيل فيه شرطا كما في بيع
الاعيان ولهذا ان الاجل لو شرط انما يشترط الاجل القدرة على التسليم لانه شرط جواز العقد والمسلم
فيه دين في الذمة وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه لا يلتزم تسليم
ما لا يقدر على تسليمه ولو لم يكن قادرا حقيقة فهو قادر على تحصيله والتسليم فلهذا اوجبنا تسليم راس
المال بخلاف الكتابة والحالة فان الشافعي لا يجوزه لان العبد بالكتابة تخرج من يد مولاه ولا يدخل في
يده شيء من المال فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة وبما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل
الا بمدة فلهذا لا يجوز الا مؤجلا • فاما المسلم فيه لحم من اهل الملك قبل العقد فالظاهر قدرته على
التسليم الا ان يكون معدوما في العالم لا يقدر على تسليمه ولا بوجوده في زمانه فلا يجوز السلم فيه الا مؤجلا
كذا في المبسوط لان السلم الحال ابعد من الغرر ومن المؤجل • وقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم

على الغالب إذ الغالب في السلم أن يكون مؤجلاً ولنا قوله عليه السلام من أسلم منكم الحديث فقد شرط
تحريم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر وفي الأسرار والمبسوط وظاهر يحرم السلم إلا بهذه الأوصاف
كمن قال لآخر من أراد الصلوة فليتوضأ ومن أراد دخول داري فليدخل غاض البصر فتقيد المطلق في
حديث الرخصة بهذا وفي الكافي فيه إشكال لأنه يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور في الحديث
إذ السلم يصح في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتاً عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق إذ المطلق
لا يحمل على المقيد عندنا ويمكن أن يقال إن الأصل عدم جواز السلم لكونه بيع معدوم وما ورد
النص بجوازه إلا مؤجلاً وما روي حكاية حال فلا عموم لها وقد أريد به السلم المؤجل بالإجماع فلم يرد
غيره لئلا يعمم وفي الفوائد الحميدية في هذه المسألة أي إن الشافعي ترك أصله حيث لم يحمل المطلق على
المقيد وأصحابنا كذلك حتى حملوا المطلق على المقيد فالتقصي عن هذا أن نقول أما عندنا لشافعي فإنما
يحمل إذا لم يختلف الأصول وههنا اختلف فلا يحمل كما في صوم كفارة اليمين وبيان اختلافهما أن البيع
يجوز حالاً ومؤجلاً فبالنظر إلى البيع يجوز حالاً ومؤجلاً فبالنظر وبالنظر إلى الكتابة لا يجوز إلا مؤجلاً وأما
عندنا فإنما لا يحمل إذا أمكن العمل بهما وههنا الحكم والحادثة واحدة ولا يمكن العمل بهما للتضاد فإنه
يستحيل أن يكون الشيء الواحد في زمان واحد ثابتاً وغير ثابت فإن قوله عليه السلام من أسلم الحديث
يقتضي جواز السلم منحصراً عليه كما بينا فحينئذ لا يمكن إجراء المطلق على إطلاقه. وأما السلم في الذروع
والمعدود فبدلالة النص لأنهما في معنى المنصوص من كل وجه بخلاف الحال والمؤجل كذا قيل.
قوله دفعاً لحاجة المفاليس وفي المبسوط والأسرار قوله عليه السلام ورخص في السلم دليل
أن الأصل في باب السلم الفساد وإنما أبيح رخصة لأن الرخصة ما استبيح مع قيام المحرم تيسيراً على العباد
وكل الأعذار للعباد في العجز والعجز في باب السلم حاجة الفقير إلى ثمن السلعة لعسرته والعجز بسبب
المعدوم لا يرتفع إلا بالتمليك وذلك لا يحصل عادة إلا بزمان يتكسب فيه أو بمجيء حين الحصاد فلم يبح ذلك
إلا بأجل ليتمكن فيه من التكسب فيقدر على التسليم فصار الأجل شرطاً لا لعينه بل للقدرة على التسليم كما في
الشافعي في الكتابة إلا أنا نقول البدل في الكتابة معقود به لا معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود
به ليس بشرط كالثمن في البيع. فأما المسلم فيه فمعقود عليه فتشترط القدرة على تسليمه كما في بيع العين
ولأن الكتابة أرفق فالظاهر أن المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل. وأما السلم فعقد تجارة وهو
مبني على الضيق فالظاهر أنه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه إلا مؤجلاً
فإن قيل لو كان شرعيته الثمن دفعاً لحاجة المفاليس لاختص بحالة الإفلاس لأنه ثبت على خلاف القياس
فيقتصر عليه وليس كذلك ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة سلماً وعنده أكرار حنطة. **قلنا** إن الشرع لا يبيع سلماً
إلا بأدنى الثمنين على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الرابح ولا عجز بأن يجعل ما عنده مستغرقاً بالحاجة ولأن حقيقة
العدم أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه حقيقة والشرع بنى هذه الرخصة على العدم فينبني على السبب
الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل على العدم. **فإن قيل** إنما
سمي السلم سلماً لما فيه من استعجال رأس المال. **قلنا** إن السلم اسم للمسلم فيه دون رأس المال فلا يكون
الاسم مبيناً عما ليس بمقصود في العقد ولأنا اتفقنا على وجوب تسليم رأس المال أولاً في الملك والتسليم
يعني لو كان أحد البدلين وهو المسلم فيه جائز التسليم عند الخصم في الحال ينبغي أن الحكم كذلك في رأس
بأن يكون جائز التسليم لا واجب التسليم لمقتضى التسوية ولم يكن كذلك فعلم أن الأصل في المسلم فيه عجز جائز
بل هو واجب ويتضح هذا فيما إذا كان رأس المال عيناً فإن أول التسليمين في البدل الذي هو دين كالثمن
في بيع العين والدليل عليه اختص بالدين وليس في ذلك إلا الأجل وبه يبطل قول من قال إن السلم الحال

ان السلم

أبعد عن الغرر من السلم المؤجل ومع ذلك اختص السلم بالدين بالإجماع وأما قولهم يحمل الحديث
على الغالب. **قلنا** ذاك بخلاف الأصل لدلائل ذكرناها كذا في المبسوط والأسرار لم يوجد
المرخص وهو العجز عن التسليم فبقي على النافي وهو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك. **قوله**
إلى أجل معلوم مدته قال الشافعي وأحمد لما روينا وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم الحديث وقال
مالك يجوز الأجل إلى الحصاد لعدم إفضائه إلى المنازعة غالباً. **قوله وقيل** ثلثة أيام
رواه أحمد بن عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً للأجل بالخيار الذي ورد الشرع
بتقديره بثلاثة أيام وهو رواية عن محمد وفي شرح المجمع وهذا ليس بصحيح لأن الثلاث هناك أقصى المدة
وأدناه غير مقدر وهكذا في الإيضاح. **وقيل** أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي
وبعض أصحاب زفر لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس
بينهما في العادة أكثر من نصف يوم. ومن مشايخنا من قال أدناه شهر استدلالاً بمسئلة كتاب
الأيمان وهي أن المديون إذا حلف ليقضين حقه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فإذا كان
ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل كذا في المبسوط. وفي الذخيرة عن الكرخي
أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله في العرف والعادة يجوز السلم وما
فلا. وعن محمد أدناه شهر وعليه الفتوى. **وقيل** تقدير الأجل إلى المتعاقدين فإن قدرا
نصف يوم جاز كذا في الإيضاح. **قوله** وقد مر من قبل أي في كتاب البيوع في مسئلة ويجوز
البيع بإناء بعينه وبقولنا قال الشافعي ولا بأن يكون المكيال. وفي بعض النسخ ولا بد أن يكون المكيال
مما لا ينقبض ولا ينبسط. الكبس إناء سين من جد ضرب والانكباس إنباشه مثل كالزنبيل وفي
بعض النسخ كالزنبيل الخ وفي المغرب والصحاح والزنبيل بالفتح بدون التشديد وبالكسر مع
التشديد لأنه ليس في كلام العرب فعليل بالفتح. **قوله** وإليه أشار النبي عليه السلام روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه سمع أقواماً يسلفون في ثمر حائط فلان بعينها فمنعهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن ذلك وقال أرأيت إن أخرج لو ذهب الله بثمرة تلك السنة بم يستحل أخيه
فأشار إلى العلة وهو ذهاب ثمرة تلك السنة والذهاب موهوم ومع هذا جعله كالمتحقق في منع
جواز السلم كما إذا أسلم بمكيال فلان بعينه لأن القدرة على التسليم عند المحل شرط وبالموهوم لا يتحقق
القدرة كذا في القدرة وبقولنا قال الشافعي. **قوله** ولو كانت النسبة إلى أخرج إذا أسلم في حنطة
من حنطة هراة المشايخ وطعام منقطع عن أيدي الناس فلا يجوز السلم كما لو أسلم في طعام قراح بعينه
وفي المجتبى قال عامة المشايخ لم يرد هراة خراسان فلا يجوز السلم وإنما مراده قرية من العراق تسمى هراة
وطعام تلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة أما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامه لأنها إقليم فالسلم
فيه وفي طعام العراق والشام سواء كذا في المبسوط وبقولنا قال الشافعي على ما قالوا أي المشايخ
كالخشراني أي الحنطة المنسوبة إلى الخشراني قرية وهي حنطة جيدة. والبساخي بضم الباء وكسرها كذا
السماع أي الحنطة المنسوبة إلى البساخ قرية وهي حنطة جيدة بفرغانة والمراد بالنسبة إليهما الجودة
لا الثابت فيهما. **قوله** ولا يصح السلم عنده إلا بسبع وفي بعض النسخ إلا بسبعة وهو الأصح وقيد
بقوله عند أبي حنيفة لأن الانحصار في السبع المفيد من التركيب على قوله إذ لا خلاف لأحد
من العلماء في اشتراط الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل عندنا إنما الخلاف في غيرهما. **فإن
قيل** ههنا شرطان لم يعدهما من الشرائط وهو تعجيل رأس المال والقدرة على تحصيل المسلم فيه.
قلنا ما ذكر شرائط يحتاج إلى ذكرهما في العقد وهذان الشرطان لا يحتاج فيه وإليه أشار القدوري

بقوله الا بسبعة شرائط يذكر في العقد واليه اشير في المبسوط ايضا حيث قال الشرائط التي يحتاج
الى ذكرها في العقد سقيه اي مسقيه ● وفي المغرب السقية ما يسقى سيحا والبخس بخلافه منسوب
الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء والاصل فيه اي في اشتراط
الشرائط المذكورة اي ما رويناه وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم الحديث وما ثبت به بيان القدر ●
المعلوم والاجل المعلوم ثبت بيان الجنس والنوع والصفة بطريق الدلالة وما يتعلق بنفس التسلم لدفع
الجهالة المفضية الى المنازعة كذا قيل ● **قوله** ومعرفة مقدار راس المال الى اخره اذا كان راس ●
المال من المكيلات او الموزونات او المعدودات وجب اعلام قدره ● وان كان مشارا اليه وبه قال
مالك واحمد والشافعي في قول وهو مروي عن ابن عمر ● وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس
وقيد بقوله ان كان يتعلق العقد على مقداره احترازا عما لا يتعلق العقد بمقداره كالمذروعات ●
فانه لم يجب بيان مقداره عند ابي حنيفة ● وعندهما وعند مالك واحمد وقول من الشافعي ايضا
لان الذرعان في الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر ●
ذراعا تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة اذرع لا تحط عنه شيء من الثمن ● يوفيه اي المسلم فيه
فيه اي في المكان اذا كان له حمل بالفتح ذكره في المغرب وبه قال الشافعي في وجه ● وقالا اي ابو
يوسف ومحمد لا يحتاج الى تسمية راس المال اي تسمية قدره اذا كان معينا اي مشارا اليه ولا الى
بيان مكان الايفاء ويتعين مكان العقد وبه قال ابو حنيفة اولا والشافعي في الاصح واختاره المزني
وقال احمد لا يجب بيان ذكر مكان الايفاء ولو ذكره فعنه يبطل السلم عنه روايتان فهاتان المسألتان
اي فهاتان المسألتان فيهما اختلاف بين ابي حنيفه وصاحبيه في الاول اي المسألة الاولى وهي اعلام ●
قدر راس المال ان المقصود اي من اعلام قدر راس المال القدرة على التسليم وانقطاع المنازعة
وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغني ذلك عن اعلام القدر كما في الثمن والاجرة وكما في المضاربة
اذا دفع الى اخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف كان جائزا وصار كالثوب
يعني اذا كان راس المال ثوبا لا يكون اعلام ذرعانه شرطا بالاتفاق مع ان الذرع في المذروعات
للاعلام بمنزلة القدر في المقدرات كذا في المبسوط ● وله اي لابي حنيفه ما ذكرنا من قول
ابن عمر وقول صحابي فقيه مقدم على القياس والمعنى ان هذا مقدر بعينه وله عقد السلم فلا بد من اعلام
قدره كالمسلم فيه وتوضيحه ان جهالة قدر راس المال تؤدي الى جهالة المسلم اليه اذا اخذ راس المال
وانفقه كما ينفقه المحتاجون فربما يبقى في يده زيوف وله ان يدفع الزيوف وربما لا يتفق الاستبدال في مجلس الرد
فينتقض العقد بذلك القدر فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يدري في كم ينتقض وفي كم بقي واذا كان
معلوما يوزن الزيوف فيعلم في كم انتقض وهكذا اذا استحق بعض راس المال ينفسخ العقد بقدره وما كان ●
يؤدي الى الجهالة يجب الاحتراز عنه وان كان ذلك موهوما الا ترى انه اذا اسلم في مكيال رجل بعينه لا يجوز
لهذا المعنى وهو انه يؤدي الى جهالة المسلم فيه وان كان موهوما بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان ●
الذرعان في الثوب المعين صفة البدل لا يقابلها الاوصاف فلم يكن المسلم فيه منقسما على عدد الذرعان ●
فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه كذا في المبسوط وهذا معنى قول المصنف انه ربما
يوجد بعضه زيوفا الى اخره ● **فان قيل** في هذا اعتبار لشبهة الشبهة ● وذلك ان وجود راس المال ●
زيوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل ان لا يجد زيوفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك
الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر شبهة الشبهة دون ما نازل عنها ● **قلنا** هذه شبهة واحدة
لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا فكانت شبهة واحدة فيعتبر **قيل** هذه الشبهة مع جوابه غير

مستقيم لانه ما اعتبرنا الشبهة وفي مسألتنا ليست الشبهة بل الشرع اعتبر الموهوم في هذا العقد
بقوله عليه السلام ارايت لو اذهب الله تمره ثم يستحل الحديث ● وانا اذا اعتبرنا الموهوم ايضا وههنا ليست
الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالمقدم مع النسيئة وليس ههنا كذلك والموهوم في
هذا العقد اي عقد السلم كالمتحقق بقوله ثم يستحل احدكم الحديث ولهذا لا يجوز بمكيال رجل بعينه كما ذكرنا
وهذا في الحقيقة جواب اشكال وهو ان يقال هذا الذي ذكرت موهوم والموهومات لا يعتبر ههنا كما
ذكرنا كذا في الايضاح لشرعه مع التنافي كان ضعيفا فيصلح ان يكون الموهوم معارضا لها لكونهما
ضعيفين لان الذرع وصف فيه اي في الثوب كما بينا على مقداره اي مقدار الذرع لما بينا ان البدل
لا يقابل الاوصاف فلم يكن المسلم منقسما على الذرعان ● **قوله** ومن فروعه اي فروع الاختلاف في
معرفة قدر راس المال اذا اسلم في جنسين بان قال اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير ●
او في ثوبين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما فعنده لا يجوز وعندهما يجوز لان اعلام راس المال
شرط عنده والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار راس
كل واحد منهما معلوما وكذلك في المسألة الثانية كذا في المبسوط **قوله** ولهما في الثانية اي في
المسألة الثانية ان مكان العقد يتعين اي للايفاء لان مكان العقد مكان الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه
في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك وهذا لان المسلم فيه دين ومحله الذمة وانما يصير مملوكا لرب
السلم في ذلك المكان والتسليم انما يجب في الموضع الذي ثبت الملك كما في بيع العين ولان في حق احد البدلين
وهو راس المال يتعين مكان العقد للايفاء فكذا في حق البدل الاخر الا انه اذا شرط مكانا اخر يتعين ذلك
المكان بالشرط وبان جاز تغييره بالشرط فذلك لا يدل على انه غير ثابت بمطلق العقد كنقد البلد في الثمن يتعين
بمطلق العقد ويجوز تغييره باشتراط نقد اخر والملك بمطلق العقد يثبت عقيبه ويجوز تغييره باشتراط
الخيار ووجوب مطالبة الثمن يثبت بمطلق العقد ويجوز تغييره باشتراط الاجل كذا في المبسوط ● **فان
قيل** لو تعين مكان العقد ينبغي ان يفسد العقد ببيان مكان اخر كما قال احمد في رواية وكما في بيع
العين فانه لو اشترى كرا وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد سواء اشتراه في المصر او خارجه ذكره
في الذخيرة **قلنا** لما عين مكانا اخر بالنص صار اولى من مكان العقد لانه ثابت دلالة الا ان هذا
الشرط يفسد بيع العين لان المشتري يملك العين بالشراء فاشترط عليه حملا زائدا فقد اشترط عليه عملا في
ملكه مع ما اشترى العين منه ثم سمي الثمن بازاء ذلك كله فصار بائعا العين واجر الحمل فتصير صفقة
في صفقة فيبطل بالشرط الفاسد ورب السلم لا يملك عينا قبل القبض فيكون النقل الى مكان اخر عملا
من البائع في ملك نفسه فلا يصير مؤاجرا فلا يصير صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا كذا في المبسوط
وفي الفوائد الظهيرية ● **فان قيل** لم قلتم لان في بيع العين يتعين مكان البيع للتسليم وما روي
عن محمد يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد فان كان المشتري
يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ● ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار
ثم **قيل** انما يجوز البيع اذا كانت جوالق الحنطة في بيت واحد فان كان في مصر وسواد فالبيع فاسد
لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالب بالتسليم في اقرب الاماكن وهذا كله دليل على ان مكان
العقد لا يتعين في بيع العين ● **قلنا** البيع يتعين للتسليم اذا كان البيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر
لانه في ذمة المسلم اليه والمسلم اليه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا في السلم ● وفي بيع العين
اذا كان المبيع حاضرا يتعين مكان المبيع ● وان كان غائبا يتعين المكان الذي يستحق تسليم الثمن ثم في السلم
يستحق تسليم راس المال في مكان العقد فيستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان ايضا تسوية بينهما بقدر

الوسع ولانه اي مكان العقد لا يزاحمه مكان آخر فيه اي في وجوب التسليم فيه نصا لعدم اشتراط مكان
آخر فيه ولا دلالة لعدم العقد فيه • اول اوقات الامكان في الاوامر فانه يتعين لسبقه نفس الوجوب
لعدم مزاحمة الآخر وهذا على قول الكرخي في الامر المطلق فانه يتعين وجوب الاداء في اول اوقات
الامكان عنده كالقرض والغصب فانه يتعين مكان القرض والغصب للتسليم بالاجماع ولابي حنيفة
في المبسوط مكان الايفاء مجهول وجهالته تفضي الى المنازعة فيجب التحرز عنها وذلك ان في السلم
استحقاق التسليم عند المحل ولا يدري اي مكان يكون المحل بخلاف القرض والغصب والاستهلاك وبيع العين
فان السبب يتعين فيتعين مكانه • ثم قال ابو حنيفة ارايت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر
أكان يتعين ذلك الموضع للتسليم عند المحل هذا مما لا يقوله عاقل • ولهذا لو عينا مكانا آخر يتعين ذلك
بالاتفاق بالشرط ولو كان العقد يتعين لكان اشتراط مكان آخر يوجب فساد العقد كما في بيع العين وهذا
بخلاف راس المال فانه لما تعين مكان العقد لتسليمه لم نغيره بشرط على انا لا نقول ان مكان العقد
تعين في حقه ولكن الشرط تسليمه قبل الافتراق ولا يلزم الكالي بالكالي حتى لو مشيا في نحا بعد العقد وسلم
حقه ولكن الشرط تسليمه قبل الافتراق حتى لو سلم رب المال قبل الافتراق كان صحيحا كذا في المبسوط • **قوله**
فلا يتعين مكان العقد لانه اما بالتعيين صريحا ولم يوجد • واما ضرورة وجوب التسليم عليه في
الحال كما في القرض والغصب ولم توجد اذ السلم لا يصح الا موجلا فلا يتعين مكان العقد للايفاء واذا
لم يتعين ولم يعينا مكانا فبقي مكان الايفاء مجهولا والجهالة فيه اي في مكان الايفاء يفضي الى النزاع
كجهالة الصفة يختلف باختلاف المكان اي فيما له حمل ومونة كما يختلف باختلاف الصفة وعن
هذا اي عن اختلاف القيم باختلاف الاماكن ان الاختلاف فيه اي في مكان الايفاء يوجب التحالف
عند ابي حنيفة كالاختلاف في الصفة وعندهما لا يوجب لانهما اختلفا في قضية العقد والاختلاف
في قضية العقد يوجب التحالف كما لو اختلفا في مقدار المسلم وعندهما صار بمنزلة الاختلاف في
الاجل بالاجماع لانه ليس من قضية العقد كالاجل والاختلاف في الاجل لا يوجب التحالف بالاجماع
لانه موجبا الشرط لا من قضية العقد فلا يوجب التحالف والاختلاف في موجب العقد كالاختلاف
في البيع او الثمن يوجب التحالف بالاجماع على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب
لان تعين المكان لما ثبت عندهما بمجرد العقد كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف
بالتحالف بالاجماع وعند ابي حنيفة تعين مكان الايفاء لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل
والاختلاف في الاجل لا يوجب التحالف بالاجماع فكذا ههنا وعلى هذا الاختلاف وهو انه هل يشترط
بيان مكان الايفاء بالثمن في بيع العين اذا كان له حمل ومونة ومؤجلا فعنده يشترط بيان مكان الايفاء
وعندهما لا يشترط وجعلا اي المتقاسمان مع نصيب احدهما شيئا وهذا اذا كان زيادة في نصيب
الآخر وشرط على نفسه ماله حمل دينا في الذمة كذا في المبسوط وجامع قاضيخان والكافي **وقيل**
لا يشترط ذلك اي بيان مكان الايفاء في الثمن عند الكل والصحيح انه اي بيان مكان الايفاء شرط عنده اذا كان
موجلا وبه قال الشافعي اي مكان الدار في القسمة ومكان تسليم الدابة اي في الاجارة • **قوله** وما لم
يكن له حمل ومونة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللولو لا يشترط بيان مكان الايفاء عندهم
وبه قال الشافعي في الاصح • في الكافي الذي اسلم فيه لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره • والنوع اي
نوع الاصل وهو المبسوط وهو الاصح وبه قال الشافعي في الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية
لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مونة له وانما تختلف بعزة الوجود وكثرة الوجود وكثرة
رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله حمل ومونة • فان الحنطة والحطب موجودة في المصر والسواد

ثم يشتري في المصر باكثر مما يشتري في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان فثبت ان ماليته
تختلف باختلاف المكان كما تختلف باختلاف الزمان كذا في المبسوط ولا وجوب وانما قال ذلك دفعا
لسؤال وهو ان يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال ولا وجوب اي لا يجب
التسليم في الحال ليتعين ضرورة باعتباره فلو عين مكانا فيما لا حمل ولا مونة له • **قيل** لا يتعين
لانه اي التعين لا يفيد لان الشرط الذي لا يفيد لا يجوز لانه لا يلزمه مونة فيلغو • **وقيل** يتعين
وهو الاصح وبه قال الشافعي واحمد في رواية • وفي رواية عنه يبطل العقد لانه اي التعيين يفيد لرب
السلم سقوط خطر الطريق ببعثه اي مكان واحد لان القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة حتى قيل
هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم تتبين ناحية منه لا يجوز لان هذه جهالة
مفضية الى المنازعة كذا في المحيط • وفيه لو شرط ان يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله فلا خير فيه و
شرط الحمل الى منزله ابتدا • **قيل** يجوز استحسانا • وروى الكرخي عن اصحابنا انه لا يجوز السلم
وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله • اما لو شرط الايفاء الى منزله
يجوز قياسا واستحسانا • وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى منزله والعقد في المصر
جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة
فان كان لا يجوز البيع • ولو كان العقد في المصر ومنزله خارج المصر او على عكسه وشرط التوفيه الى منزله
ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان
ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكرى الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ
الكرا • وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه فيما ذكرنا اي في اختلاف القيمة **قوله**
قبل ان يفارقه اي احد المتعاقدين الآخر بدنا لا مكانا حتى مشيا فرسخا ولم يقبض المسلم راس المال الا يبطل
العقد ما لم يوجد مفارقة احدهما الآخر بدنا • اعلم ان قبض راس المال لا يبطل العقد قبل الافتراق
بالابدان شرط بقاء العقد على الصحة سواء كان راس المال مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالعروض وبه
قال الشافعي واحمد وقال مالك واحمد يجوز تاخير قبض راس المال يومين او ثلثة او اكثر ما لم يكن ذلك شرطا اي
بغير اشتراط التاجيل بمنزلة الثمن في بيع العين فانه لا يشترط قبضه في المجلس حتى لو تاخر يوما او يومين
لم يخرجه ذلك عن كونه نقدا غير موجل ولانه اذا لم يشترط التاجيل لا يخرجه الى الدين بالدين اذ لا بد
من استثناء مدة يمكن فيها وزن المال او نقده وجرت العادة بتراخي الوزن فلا ان قاض عن مجلس
العقد • **وقلنا** راس المال ان كان دينا كالنقود يكون تعجيل راس المال شرطا قياسا واستحسانا
اذ الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فيكون هذا بيع الدين بالدين وانه منهي لنهي النبي عليه السلام
عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة • وان كان عينا يشترط تعجيله استحسانا لا قياسا لانه لا يودي الى
بيع الدين بالدين وجه الاستحسان ان السلم اخذ عاجل باجل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون راس المال
عاجلا ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود ثبت
احكامها بمقتضيات اساميها لغة كذا في المبسوط • وهذا معنى قول المصنف اذ الاسلام والاسلاف
الى آخره يعني ان الاسلام والاسلاف لانهما في اللغة اخذ عاجل باجل ولان المسلم مشتق من السلامة
وذلك بقبض راس المال اذ المسلم فيه غير موجود ليسلم اي ليتصرف فيه فيقدر على التسليم اي تسليم المسلم
فيه من زمان العقد الى حين المحل • وقوله ولهذا لا يصح المسلم الى آخره توضيح ودليل لاشتراط القبض لانه
اي خيار الشرط يمنع تمام القبض اذا القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لكونه
اي لكون الخيار مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك فيكون مانعا لما هو مبني على الملك يمنع تمام

القبض والافتراق وقبل تمامه يبطل العقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع
الاستحقاق تمام القبض حتى لو افترقا بعد القبض ثم اجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع
الملك لان امتناع الملك ليس بمقتضيه السبب فان السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتناع
الملك لتعلق حق ثالث فاذا اجاز المالك التحق الاجازة بحالة العقد وبقاء حقه قبل الاجازة لا يمنع
صحة القبض الذي تم به العقد كما لا يمنع عن انعقاد العقد عليه اما خيار الشرط فيعدم الملك ويجعل
العقد في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار فكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض وعدم قبض رأس
المال في المجلس مبطل للسلم فاشتراط الخيار فيه اولى وهذا لان القبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار
في حق الحكم كالمتعلق والمعلق بالشرط معدوم قبله ومن هذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف
اذا كان في البيع خيار البيع واعتاق المشتري يتوقف وبهذا تبين ان القبض لا يتم بخيار الشرط والافتراق
قبل القبض مبطل للعقد كذا في الايضاح والمبسوط وكذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار الرؤية باجماع
الفقهاء • اما خيار العيب يثبت لانه اي خيار الرؤية غير مفيد اذ فائدة الخيار رد المبيع والمسلم فيه دين
في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد لان العقد لم يتناول
هذا المقبوض وانما يتناول مثله دينا في الذمة فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله فاذا لم يفد
فايدة لا يثبت بخلاف بيع العين فانه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ
العقد برده كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده وحاصله ان رد المسلم فيه لا يوجب الفسخ لان المقبوض
غير المبيع في السلم لانه دين والفسخ بخيار الرؤية ثابت في المبيع لا في غيره ولا اشكال بالاستصناع فانه دين في
ذمة الصانع ومع ذلك فيه خيار الرؤية لانا لا نسلم ان في الاستصناع المبيع هو الدين بل العين كما يجيء وخيار
الرؤية والعيب في رأس المال لا يفسد العقد لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة • لانه اي خيار العيب
لا يمنع تمام القبض يتعلق بتمام الصفقة وتمام الصفقة يتعلق بتمام الرضا والرضا تام وقت العقد كذا في
المبسوط • وفي الكافي ولان اعلام الدين بذكر الصفقة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على
الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين • **قوله** ورأس المال قائم يعني حال اسقاط الخيار
حتى لو انفق بعد هلاك رأس المال في يد المسلم اليه او انفاقه لا يجوز السلم جائزا بالاجماع لانه بالاهلاك
والانفاق صار دينا في ذمته فلو انقلب السلم جائزا صار بمنزلة عقد السلم بالدين ابتداء وذا لا يجوز •
فاذا لم يجز ابتداء او بالدين لا يجوز تمامه باسقاط الخيار خلافا لزفر والشافعي ومالك ايضا وقد مر نظيره
اي في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا
خلافا له • اعلام رأس المال اي في المكيل والموزون والمعدود وتعجيله اي تعجيل رأس المال واعلام المسلم
فيه يعني جنسا ونوعا وصفة وقدرا • وقوله اعلام رأس المال مشتمل على بيان جنسه وصفقته وقدره
وتاجيله اي تاجيل المسلم فيه وبيان مكان الايفاء اي فيما له حمل ومونة • وفي المحيط شرائط صحة السلم اربعة
عشر هذه السبعة المذكورة وسبعة اخرى لم يذكرها صاحب الكتاب في عد الشروط وان ذكرها متفرقا
احدها دوام وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل • وثانيها ان يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى
لا يجوز السلم في الاثمان وفي التبر روايتان • وثالثها ان يكون المسلم فيه من المكيلات والموزونات او المعدودات
المتقاربة او المذروعات حتى لا يجوز السلم في الحيوان • ورابعها قبض رأس المال قبل الافتراق • وخامسها
ان يكون رأس المال منقودا عند ابي حنيفة خلافا لهما • وسادسها ان لا يكون في السلم خيار • وسابعها
ان يكون المسلم فيه مضبوطا بوصف يلتحق به بذوات الامثال • قال الامام تاج الدين اخو حسام الشهيد
الشروط سبعة عشر هذه الاربعة عشر واخران احدهما في رأس المال وهو بيان نوعه انه محمودية

اومصرية

اومصرية ودراهم غطريفية او عدلية وبيان صفته انه جيد او ردية وشرط في المسلم فيه وهو ان لا
يشتمل البدلين احد وصفي علة الربوا كاسلام الحنطة في الشعير كذا في المجتبى وفي كتب اصحاب الشافعي
جملة شرائطه تسعة ذكر الجنس وذكر القدر وذكر الاوصاف واعلام الاجل وذكر موضع التسليم وكون المسلم
فيه مامون الوجود في محله وكون رأس المال معلوما وقبضه في المجلس • **قوله** في كر حنطة قال الازهري
الكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف • وفي الجامع الصغير الحسامي الكر اربعون
قفيزا كذا في المغرب فالسلم في حصة الدين باطل وبه قال الشافعي لانه دين بدين والكالي بالكالي منهي عنه
وبفوات القبض في قدر الدين اذ العقد لا يتعلق بالدين المضاف اليه وانما ينعقد بمثله وهو غير مقبوض •
وقوله ولا يشيع الفساد جواب عن قول زفر فانه يقول يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة النقد ايضا لان
هذا الفساد قوي متمكن في صلب العقد فيفسد به الكل باعتبار انه جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا
لقبوله في حصة النقد وهذا شرط فاسد قال لا يشيع الفساد لان الفساد طار لانه ما اقترن بنفس العقد •
لان كونه دينا عفو في المجلس الا ترى انهما لو اخرا التسليم والقبض الى اخر المجلس يكون العقد صحيحا ولهذا لو نقد
الباقي قبل الافتراق صح العقد فكان الافتراق قبل القبض مبطل له فيكون الفساد طاريا بسبب الافتراق قبل
القبض والفساد الطاري لا يشيع عند الكل وهو ان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقدين مفسد للعقد •
لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو مقارن العقد كذا في المبسوط • وفي النهاية وانما قيد بقوله بماية منها
على المسلم لانه لو كان دينا على الاجنبي فالمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل • ومدتها مروي عن ابن
ثم قال المسألة على وجهين اما ان اطلق العقد ولم يضف الى الدين ثم جعل بعد العقد ماية رأس المال
قصاصا بالدين وهذا الفساد لا يشيع في الكل لان الفساد الطاري • اما اذا قيد العقد بالدين بان اضاف
السلم الى ذلك الدين وكذلك عندنا لان الدراهم لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فلا تتعين ايضا اذا
كانت دينا • واذا لم يتعين الى الدين كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء • **فان قيل** هذا منقوض
بهذه المسائل • احدها ان الرجل اذا قال بعت هذا العبد بهذا الكر من الحنطة وبهذه الدراهم فهما
في المساكين صدقة فباعه بهما تحنث بالكر والدراهم وهذا انه تعيين النقود • وثانيها ان الرجل اذا باع
دينارا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد • وثالثها اذا باع
عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين فالبيع فاسد • ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث
في المسألة الاولى • **قلنا** اما الاولى فنحن ندعي ان النقود لا تتعين في العقود واستحقاقا لا جوازا ولا يلزم
لانها تتعين جوازا لا استحقاقا • واما المسألة الثالثة فلان البيع انما لم يجز لمكان التهاتر بالبيع لان هذا
بيع بلا ثمن فيكون منهما تهاترا ولا يتعين في حق الجواز • وهكذا نقول في المسألة الثانية لانتقاض الصرف
بالافتراق عن المجلس بالاشتغال بالعقد الاخر فيتحقق البيع بلا ثمن فيمتنع الجواز باعتبار التهاتر كذا في الفوائد
الظهيرية • **وقيل** هذا اذا اطلق ماتين ثم تقاصا الماية مما عليه • اما اذا اضاف العقد الى الماية
الدين والعقد فيهما عند ابي حنيفة لان في حصة الدين يبطل العقد • وقد جعل ذلك شرطا في الثاني
فيبطل الجميع والصحيح ان الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به كذا ذكره التمرتاشي
قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال الى اخره وبه اتفق الفقهاء اما في رأس المال فلان قبضه
في المجلس حق الله تعالى وفي التصرف يبطله ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض اما لو دفع
اليه ارديء او اجود برضا المسلم اليه جاز لانه جنس حقه فلم يكن استبدالا • ولو ابراه عنه فقبل بطل
العقد لعدم القبض ولو رد البراءة لم تبطل واما المسلم فيه فلقوله عليه السلام من اسلم في شيء فلا
يصرفه الى غيره ولان المسلم فيه في حكم الاعيان المنقولة فلا يجوز التصرف فيها قبل القبض والتخلية قبض

فيه عند محمد خلافا لابي يوسف • وفي المبسوط انه عليه السلام كان نهى عن بيع الطعام حتى يقبض
قال ابن عباس احسب كل شيء مثله ولانه عليه السلام لما بعث عتاب بن اسيد الى مكة فقال له انههم
عن اربعة عن بيع ما لم يقبضوا • وعن ربح ما لم يضمنوا • وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وصورة
الشرطين ان يقول رب السلم ان اعطيتني الى شهر فكذا وان اعطيتني الى شهرين فكذا ولان العين اقبل للتصرف
من الدين وفيه لا يجوز التصرف قبل القبض اذا كان منقولا لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف فاذا كان
دينا اولى وذلك الغرر ههنا قائم فان الدين يتوى بفوات محله اذا مات المديون • فقلنا اما لو دفع
الاردى او الاجود برضا رب السلم من جنسه جاز لانه جنس حقه فلم يكن استبدالا ولا يجوز الشركة
والتولية اي في المسلم فيه وفي بعض النسخ هكذا وبه قال الشافعي واحمد وصورة الشركة ان يشركه الاخر
في المسلم فيه وانه تصرف فيه قبل القبض • وصورة التولية جائز لان كل واحد من الشركة والتولية تصرف فيه
اي في المسلم قبل القبض وفائدة تخصيص الشركة والتولية ما نقل عن العلامة مولانا حافظ الملة والدين
وعن مبسوط شيخ الاسلام ان المسئلة فيهما رد لقول بعض العلماء ان التولية في بيع العين والسلم قبل القبض يجوز
وحكي ذلك عن مالك لان التولية اقامة غيره مقام نفسه فيما تولى فلو اقامه في كل المبيع فهو التولية
ولو اقامه في بعضه فهو الشركة فوضع المسئلة فيهما ليتبين ان ذا ليس بشيء لان التولية بيع بمثل الثمن الاول
وهو بيع المبيع قبل القبض • **قوله** لم يكن له ان يشتري في الايضاح فان استبدل براس المال شيئا بعد الاقالة
لم يجز استحسانا • والقياس ان يجوز وهو قول زفر والشافعي لانهما لما تقايلا بطل السلم وبقي راس المال
دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون لانه لا يجب قبضه في المجلس • ولنا قوله عليه السلام
لا تاخذ الا سلمك اي المسلم فيه اي حال قيام العقد او راس مالك اي بعد انفساخه اذ لا يمكنه اخذه
حال قيام العقد فقد جعل لرب السلم اخذ المسلم فيه وبعدها اخذ راس المال وقبل الاقالة لا يصح
الاستبدال بالمسلم فيه كذا لا يكون قابضا غير حقه فكذا بعضها ابعدها براس المال ولانه اي راس المال اخذ
شبها بالمبيع فلا يصح التصرف اي في راس المال قبل قبضه كما في المبيع وهذا اي كونه مشابها للمبيع بيع جديد
اي بيع ابتداء في حق ثالث اي غير المتعاقدين وحرمة الاستبدال غيرهما لا بقاء حق الشرع فيكون الثالث
الشرع • وقوله لا يمكن ان يجعل المسلم فيه مبيعا جواب سؤال وهو ان يقال لم لا يجوز ان يجعل بيعا جديدا
في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لراس المال جهة كونه مبيعا فقال لا يمكن جعله مبيعا لسقوطه لانه دين
ثبت بالسلم وسقط بالاقالة ولهذا ان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه
عن الذمة فلو صح نقضها لعاد المسلم فيه واجبا والساقط لا يعود فجعل راس المال مبيعا لانه دينا مثله اي
مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس بمحال فجعل راس المال مبيعا ضرورة اذ لو لم يجعل مبيعا تبطل الاقالة
الا ترى انهما تقايلا في باب البيع وهلك المبيع بعد الاقالة قبل القبض تبطل الاقالة • وهنا لما تقايلا سقط
المسلم فيه وصار كالهالك فلو لم يجعل راس المال مبيعا لبطلت الاقالة وقد صحت ههنا فلا بد من قيام
المعقود عليه وليس ذلك الا راس المال لسقوط المسلم فيه • وقيل في بيان شبهه بالمبيع ان الاصل
ان يكون المبيع عينا والثمن دينا • وفي السلم الثمن صار عينا لان تعينه قبل الافتراق واجب ولان الاصل ان يكون
التاجيل في الثمن لا في المبيع • وههنا ثبت الاجل في المبيع وهو المسلم فيه وثبت التعجيل في الثمن وهو راس المال
فلهذا اخذ راس المال شبها بالمبيع فثبت حرمة الاستبدال قبل قبضه كما في المبيع قبل القبض • وقول
المصنف الا انه اي راس المال لا يجب قبضه في المجلس الى آخره جواب هذا السؤال ذكره في الايضاح بقوله
فان قيل لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب ان يجب قبض المال في المجلس لان اقالة بيع السلم بمنزلة
السلم • وفيه القبض شرط وبالاجماع لا يجب قبضه في المجلس • قلنا قبض راس المال انما يجب قبضه

لان لا يكون افتراقا عن دين بدين وانما يكون افتراقا اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه وههنا لا يجب تسليم
المسلم فيه فلا يكون افتراقا عن دين بدين • وانما شرطنا القبض في الابتداء لما فيه من التعيين ولا حاجة الى
التعيين في الاقالة لان الدراهم تعود اليه عينا فيقع القبض واجبا عن اختيار التعيين فلا يتقيد بالمجلس •
الاقالة كذا في الايضاح وحاصل ما ذكر في الايضاح ان راس المال بعد الاقالة صار بمنزلة الاقالة
صار بمنزلة المسلم فيه والقبض ليس بشرط فيه فكذا في راس المال بعد الاقالة لانه اي الاقالة على
ما قيل تصرف الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث فكان عقدا من وجه وفيه اي في جعل
راس المال مبيعا حتى لا يجوز استبداله قبل القبض خلافا لزفر والشافعي ايضا وقد بينا خلافهما مع دليلهما
وما ذكرنا استحسان الحديث وهو قوله عليه السلام لا تاخذ الحديث لا تاخذ الحديث ذكره في المبسوط
واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة نصف المال لتعذر نصف العين اذا كان راس المال شيئا لا مثل له
كالثوب ولو اختلفا في قدر قيمته فالقول للمطلوب في مقدار القيمة لان الطالب يدعي عليه زيادة وهو
منكر لها وكذا اذا تقايلا وهلك بعد الاقالة راس المال وهو عين قبل الرد فعليه قيمته ولا يبطل الاقالة
لان ابتداء الاقالة بعد هلاك راس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع معقود عليه
فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله وكذا لو تقايلا في عقد الصرف بعد هلاك البدلان جميعا او تقايلا ثم
هلك البدلان قبل التراد جازت الاقالة لان المعقود ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه ولهذا
لا يلزمه بعد الاقالة رد المقبوض بعينه • **قوله** لم يكن قضاء اي اذا الحقه وفي الكافي امره بقبضه
فاقتضاه رب السلم لم يكن قضاء لحقه اي لم يكن قضاء عن السلم حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم
هلك من مال المسلم اليه اجتمعت الصفقتان احدهما عقد السلم والثاني هي الصفقة التي جرت
بين المسلم اليه وبين بائعه هذا على ما اقتضاه لفظ الكتاب • اما على تقدير صاحب الكتاب والفوائد
فالصفقة الثانية هي الصفقة التقديرية بين المسلم اليه وبين السلم لان المسلم اليه يصير بائعا ما
اشترى من رب السلم • والاولى هي صفقة المسلم اليه من بائعه بشرط الكيل لانه اشترى الكر وهو اسم
لاربعين قفيزا وستين فيكون هذا شراء بشرط الكيل وكذلك عقد السلم لانه اسم في كر كذا في جامع
المحبوبي • **قوله** ومدار محمل الحديث اي معنى قوله نهى النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان الحديث والفقه فيه ان المستحق بالعقد ما سمي في العقد وهو الكر وذلك انما يتحقق بالكيل •
وكان الكيل معينا للمستحق بالعقد الا ترى ان الثاني لو كاله فزاد شيء لم يطب له الزيادة ووجب الرد
واذا كان الكيل معينا للمستحق صار حقا من جملة حقوق العقد فاذا كان المشتري الاول بحضرة الثاني بدل
حق العقد الاول فاذا قبضه الثاني فذلك حق العقد الاول • فلا بد ان يكيله اقامة لحق العقد الثاني
كذا في الايضاح على ما مر وهو قوله في فصل المتصل بباب المرابحة والتولية ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما تبين • **قوله** والسلم وان كان سابقا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال
ان بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه مع بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء
فلم يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب عنه بهذا فقال نعم والسلم وان كان سابقا على شراء
المسلم اليه من بائعه الا انه في التقدير لاحق فيجتمع الصفقتان في التقدير لان القبض في باب السلم
حكم العقد الجديد بدليل ما قال في الزيادات لو اسلم مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه
كر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون ذلك اذا جعل عند القبض كانهما جددا العقد قال الامام
السرخسي المقبوض في باب السلم عين المسلم فيه حقيقة لان العقد تناوله دينا في الذمة والعين غيره •

غير العين حقيقة فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض غير ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل
بذلك الطريق كانه عين المعقود عليه وذلك بان يجعل عند القبض بانهما جددا ذلك العقد
على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين القبض في باب السلم حكم عقد جديد لان المسلم اليه حين عقد عقد
السلم صار بايعا دينا وانما يصير بايعا للعين عند اقتضاء رب السلم الا ان هذا العين جعل عين حقه
حكما حتى لا يصير مستبدلا لانا قلنا وراء ذلك فهو كالبايع عند الاقتضاء واذا صار المسلم بايعا
من رب السلم جرت الصفقتان بشرط الكيل فيستحق على رب السلم كيلان وابتداء قبض المسلم فيه وقوله
وان جعل هذا للوصل اي وان جعل المقبوض عين الدين لانه لو لم يجعل في حق الاستبدال المبيع قبل
قبضه وذا لا يجوز فتحقق الضرورة في حقه • اما فيما لا ضرورة فيعمل بالحقيقة وهي ان العين غير
غير الدين فيتحقق البيع والشرا اي بيع المسلم اليه من رب السلم بعد شرا المسلم اليه من بايعه • **قوله**
وكان قرضا قال الامام قاضي خان • فاما اذا كان احد الدينين قرضا بان كان على الرجل كر من سلم
فاستقرض المسلم اليه كرا من رب او امر رب السلم بقبضه من المقرض او على الرجل كر قرض فاشترى •
المستقرض كرا وامر بقبضه يكتفى بكيل واحد • ثم قال والفرق بين القرض والسلم ان عقد السلم
يوجب الكيل والقرض لا يوجب القرض لانه عقد مسامحة والتفاوت اليسير لا يفضي الى المنازعة • ولهذا
لو استقرض من انسان حنطة على انها عشرة اقفزة كان له ان يتصرف فيها قبل الكيل وكذا لو اشترى المسلم
حنطة مجازفة او استفاد من ارضه او ملك بميراث او هبة او وصية واوفاه رب السلم وكاله
بحضرته يكتفى بكيل واحد • وهو السلم مطلقا سواء كان في حق الاستبدال او غيره حكما اي تقديرا
والا يلزم تملك الشي بجنسه نسية وهو اي رب السلم • **قوله** لم يكن او غيره حكما اي اذ الحقه حتى
لو هلك يهلك من مال المسلم اليه هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام رب السلم فان كان فكاله
بامره فيها • **قيل** لا يصير قابضا لما ذكرنا ان امره غير معتبر في ملك الغير قال والاصح عندي ان
يصير قابضا وهو نظير ما كتب وما ذكر في كتاب الصرف لو دفع الى صايغ نصف درهم وضع لي منها
خاتما ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضا له كذا في المبسوط • **قوله** ولو كانت الحنطة مشتراة
بان اشترى حنطة بعينها ودفع غرائره الى البايع وقال اجعلها فيها ففعل والمشتري حاضر او غايب •
يصير قابضا لانه ملك الطعام المعين بنفس العقد فصح الامر وصار البايع وكيلا عنه بامساك الغرائر
وصار الغرائر في يد المشتري حكما فصار الواقع فيها واقعا في يد المشتري حكما لان فعل نايبه كفعله حتى
لو كان الغرائر للبايع لا يصير قابضا في رواية عن محمد وقال الشافعي لا يصير قابضا سواء كان الغرائر
للمشتري او للبايع كما في السلم كما قلنا وموضحة امر المشتري للبايع • **فان قيل** في فصل الشرا ينبغي
ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان البايع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض
نصا لم يصح • **قلنا** امره بالكيل والطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما وجاز ان يثبت الشي حكما
وان كان لا يثبت قصدا في الصحيح هذا احتراز عما قيل انه لا يكتفى بكيل واحد لظاهر الحديث وقد مر في
الفصل المتصل بباب المرابحة لانه اي البايع نايب عنه اي عن المشتري في الكيل والقبض بالوقوع في
حصل القبض بالوقوع في غرائر المشتري ولم يقبضها اي المشتري الغرائر فلا يصير الغرائر في يده لان العارية
بدون القبض لا يتم لانها عقد تبرع فكذا ما يقع فيه اي في الغرائر اي باو يل الظرف او المذكور فلم يصر
المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض ويقولنا قال الشافعي • **قوله** ولو اجتمع العين والدين صورته
اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم كر حنطة اخرى بعينها من المسلم اليه فدفع رب السلم
الغرائر الى المسلم اليه وهو البايع ايضا وقال اجعلهما فيها ان ما اي المسلم اليه البايع جعل الكر المشتري

بالغرائر

في الغرائر صار اي المشتري وهو رب السلم قابضا خلافا للشافعي فان عنده لا يصير قابضا سواء بدا بالعين
او الدين فصار اي البايع مستهلكا البيع واستهلاك المبيع قبل القبض يوجب نقض البيع اي صايغ خاتما
او دفع دينارا وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وتخذ خاتما فزاد صح وصار الامر قابضا لاتصاله
بملكه • **قوله** وهذا الخلط جواب سؤال مقدر ذكر في الفوايد الظهيرية وهو ان الخلط باذن المشتري
كان باذنه يخلط يصير قابضا به وهو ما اذا بدا بالعين • **فان قيل** اليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب
لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضا باعتباره • **قلنا** المعقود عليه ثم الفعل وهو الصبغ لا العين
والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود بالثوب فلم يصر به قابضا
وعندهما بالخيار قال الامام قاضي خان ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد اما عند ابي يوسف اذا بدا
بالدين يصير قابضا كما لو بدا بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك
وعند محمد يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما كان الدين اولا لم يملكه المشتري وبقي على ملك البايع وما
مستعير امر المشتري فاذا كان العين بعده فقد خلط البايع ملك المشتري بملك نفسه فلا يعتبر امر الدين
وانما يصير قابضا للعين في هذه الصورة لانه بالخلط صار مستهلكا للعين باذنه بخلاف الصورة الاولى
لانه لما كان العين اولا صار العين مسلما الى المشتري فاذا كان الدين بعده فقد خلط الدين بملك المشتري فيصير
قابضا • **فان قيل** ينبغي ان لا يصير قابضا لان البايع يصلح نايبا عن المشتري في القبض ولهذا لو وكله
صريحا لا يصح • **قلنا** الامر بالقبض يثبت ضمنا لا قصدا كذا في الفوايد الظهيرية وقد مر • قوله ثم تقايلا
المسلم فيما تنا اي الجارية في يد المشتري اي المسلم اليه وانما سماه مشتريا بالنظر الى شراء الجارية بالحنطة
لان كلا من العينين بمنزلة الثمن والمثمن فعليه اي على المشتري قيمتها يعني لما بقيت الاقالة وجب ردها وقد عجز
فيجب رد بدلها وهو قال الشافعي يوم قبضها لان السبب الموجب للضمان انما هو القبض فصار كالغصب بقاء
العقد وفي بعض النسخ قيام العقد وذلك اي بقاء العقد انما هو المسلم فيه لما روي انه عليه السلام نهى
عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم جعل المسلم مبيعا لانه وان كان دينا فهو في حكم العين لانه
مبيع حتى لم يجز استبداله قبل قبضه بالاجماع فصحت اضافة الاقالة اليه بعد موت الامة ابتداء واذا جاز
اي التقابل بعد موتها ابتداء فاولى ان يبقى بعد موتها بالطريق الاولى اذ البقاء اسهل من الابتداء • **فان قيل**
ينبغي ان لا تصح الاقالة بعد هلاك الجارية لانها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينا
في الذمة والمسلم فيه قد سقط ايضا بالاقالة فكذا هنا ينبغي ان يمتنع التقابل بهلاك العوضين • **قلنا**
في بيع المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد • وفي السلم قامت قيمة
الجارية مقامها فلم يكن رد عين الجارية واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية • **قوله** ومن اسلم الى رجل
الى اخره الاصل في هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلامهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول
قول من يدعي الصحة • وان خرج مخرج الخصومة قال ابو حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضا كما في الاول
وبه قال الشافعي • وقالا القول قول المنكر وان انكر الصحة المتعنت لغة من يطلب العنت وهو الوقوع
فيما لا يستطيع الانسان الخروج عنه • والمراد بالمتعنت شرعا من ينكر ما ينفعه ويريد الاضرار بغيره والمخاصم
ما ينكر ما يضره كذا في الفوايد الظهيرية • فالقول قول المسلم فيه وبه قال الشافعي اي بالاتفاق لان
رب السلم متعنت لانهما اتفقا على عقد واحد • واختلفا في بيان الصفة التي هو من شرائط العقد من
الصحة كان الظاهر شاهدا له اذ الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة فكان القول قول
من يشهد له الظاهر لانه اقرب الى الصدق وكذا ذكر الامام قاضي خان • وفي الكافي كلام المتعنت مردود
فبقي قول صاحبه بلا معارض • وقوله لان المسلم فيه يربو الى اخره دليل فيه على قوله لان رب السلم متعنت

لو ربوا المسلم فيه على راس المال عادة وكان الخير له في صحة العقد فاذا انكر صحته فقد كان متعنتا فان
قيل لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال خبر وان قل من المسلم فيه وان جل لما ان راس المال نقد والمسلم
فيه نسيئة وفي المثل السائر النقد خير من النسيئة • قلنا نعم كذلك الا ان ذلك متروك بالعرف
والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم وما ذاك الا لفائدة زائدة راوها فيه
مكان النقد بمقابلة زيادة فايدة مع كونه نسيئة وانما ذكر ربو المسلم فيه وان كان اكثر مالية عادة
الا انه آجل وراس المال وان قلت ماليته عاجل والعاجل خير من الاجل فيتحير قصود كل واحد منهما بوفور
كل واحد منهما فيتعادلان • وذكر الامام السرخسي ان القول قول المسلم اليه لانه هو الذي يلتزم الطعام
بعقد السلم فالقول قوله في بيان صفة ما التزم ثم اتفاقهما على اصل العقد اتفاق على ما هو شرط جواز
العقد • ومن شرط جوازه بيان صفة الطعام فقول رب السلم لم يسم صفة الطعام يكون رجوعا عما اقر به
وسعيا منه في نقض ما تم من جهته وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط
اصلا لم يذكره في الكتاب • قالوا اي المشايخ يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي
لانه يدعي الصحة والظاهر شاهد له لان العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التفادي عن المعصية
وسنقرره من بعد اي في المسلة التي تعد هذه المسلة فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وبه قال الشافعي
لان كلام المسلم اليه خرج مخرج التعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل حق فيه المسلم
اليه وهو استحسان وفي القياس ان يكون القول قول من يدعي الفساد لانه ينكر استحقاق موجب العقد الجائز
او لان المسلم فيه لما كان يربو على راس المال لا يكون منكر لزوم شيء وهو زائد المالية على ما يقابله فلا يكون
متعنتا • وقوله والفساد بعد الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد • فان الشافعي يجوز السلم حالا بلا اجل لدفع
سؤال مقدر وهو ان يقال المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي الفساد ويرد راس المال وفيه نفع له بعود
راس المال اليه فقال والفساد غير متيقن يعني في كلام المسلم اليه تعنت من حيث انه ينكر حقا له وهو الاجل
كما بينا وليس فيه تعنت من حيث انه يدعي الفساد لاجل رد راس المال وله في ذلك نفع والجهة التي بها يصير
متعنتا وهو انكار الاجل قطعية فان كون الاجل حقا له وفيه منفعة قطعيا والجهة التي بها يتحقق انعدام
التعنت مبنية على النفع برد راس المال مبنية على الفساد وهو غير قطعي بل ظنية لكونه مجتهدا فلا تعارض
جهة الظنية لجهة القطعية كذا في جامع قاضي خان خلاف عدم الوصف اي الاختلاف في الوصف •
وهي المسلة الاولى فان فساد المسلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه فكان رب السلم متعنتا
وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول قول المسلم اليه عند ابي حنيفة وقولهما
القول لرب السلم لانه منكر حقا له وهو تسلم راس المال الى المسلم اليه بانكار الاجل وان انكر صحة العقد •
قوله الا عشرة وفي بعض النسخ وزيادة عشرة وهذه النسخة ليست بصحيحة لان على ذلك التقدير القول •
للمضارب بالاجماع والصحيح النسخة الاولى لانه على ذلك التقدير كان القول لرب المال والمقيس عليه في بدء المسلة
في شروح المبسوط وشروح الجامع والفوايد الظهيرية والتتمة بلفظ الاستثناء على الصحة ظاهر اذ الظاهر •
من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولان شرط الشيء تبع له فكان الاتفاق على العقد اتفاقا على شرائطه
فصار متفقين على الصحة فانكار الاجل بعده رجوع عما اقر والرجوع عن الاقرار باطل • الا ترى ان الاختلاف •
بين الزوجين لو وقع في ان النكاح بشهود او بغير شهود بعد اتفاقهما على النكاح كان القول لمن يدعي صحة النكاح
كذا في المبسوط • وقال الشافعي يقول ابي حنيفة بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا
يتمكن من فسخه واذا كان غير لازم يرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي دعوى المضارب في استحقاق •
الربح في مال المضارب وهو منكر فالقول له بخلاف السلم فانه لازم فبالاختلاف لا يرتفع فكان مدعي الفساد

متعنتا وكان مردودا الا انه اذا صح كان شركة • واذا فسد كان اجارة فلم يتفقا على عقد واحد ودلك
ان لزومه دليل على ان الحق الثابت لكل واحد من المتعاقدين حق لازم في العقد لانه حق محترم بدليل
عدم تفرد احدهما بالفسخ وما كان ذلك لصيانة حق الآخر ولان المقصود من الدعوى الالتزام اما دعوى
العقد الذي هو غير موصوف بصفة اللزوم مشتملا على المقصود وهو الالتزام • اما دعوى العقد الذي
هو غير موصوف بصفة اللزوم لا يكون مشتملا على المقصود وهو الالتزام • اما دعوى العقد الذي هو
غير موصوف باللزوم يعتبر فيه الدعوى والاختلاف في العقد وعقد المضاربة غير موصوف بصفة
اللزوم فلم يعتبر فيه الدعوى والاختلاف فبقي مجرد دعوى الربح كذا في الفوائد الظهيرية • وهذا معنى
قول المصنف فلم يعتبر الاختلاف فيه • وفي مبسوط شيخ الاسلام في المتنازع فيه البقاء على عقد واحد
وفي المضاربة على عقد واحد لم اختلفا فرب المال يدعي الاجارة فان المضاربة متى فسدت صارت اجارة
فاسدة وادعى المضارب الشركة فانها اذا جازت كانت شركة ورب المال ينكر ذلك واقر بالاجارة
فيكون القول له بخلاف مسلتنا فان السلم الحال فاسد وليس بعقد آخر الا ترى انه يحنث به في حلفه
لا يسلم • **فان قيل** يشكل بما لو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة والمضارب
ينكر فان القول فيه للمضارب ولم يقل انهما اختلفا في نوع العقد • **قلنا** المضارب ادعى الصحة
والشركة ورب المال اقر به بذلك بقوله شرطت نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة يدعي الفساد
بعدما اقر بجوازه لان قوله وزيادة عشرة معطوف على قوله وشرطت لك • فاول الكلام لا يتوقف على
آخره بخلاف قوله الا عشرة فان هذا استثناء واول الكلام مما يقف على الاستثناء كذا ذكره قاضي خان
فان قيل فيه تحنث لانه ذكر في الاصول في مسلة نكاح الاختين موقوفا فاذا قال الفضولي
اجزت نكاح هذه وهذه فانه يتوقف اوله على آخره بوجود المغير في آخره وان كان بحرف العطف وهنا
وجد المغير فان قوله وزيادة عشرة لقوله شرطت لك نصف الربح فينبغي ان يتوقف • **فان قيل**
اذا اختلف الزوجان في النكاح فقال الزوج تزوجتك حال ما كنت صغيرة • وقالت المراة تزوجتني بعد
البلوغ فالقول قول الزوج وان كان فيه فساد العقد • **قلنا** هنا ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث انكر
اي العقد حيث اسنده الى حال عدم الاهلية • **قوله** زنجه الرقعة الغلطة والثخانة كذا في المغرب
وقيل المراد عدد الكرباس يعني انه كثير الرقاع او كثير الرقاع • **وقيل** تعريفه بانه خماسيا او سداسيا
ولا خلاف للائمة الاربعة في جواز السلم في الثياب ببيان الطول والعرض والرقعة • وانما الخلاف في اشتراط
بيان الوزن في الثوب الحرير فعندنا شرط • وعند الشافعي ومالك واحمد ليس بشرط وكذا يجوز في البواري
والجوالق والمسوح والاكسية والبسط استحسانا اذا بين طولا وعرضا وصنعة • لما روي عن ابن مسعود
انه قال يجوز السلم في كل شيء الا الحيوان ولانه اسلم في معلوم لا ينقطع كما في المكيل والموزون • كذا في جامع
قاضي خان لا بد من بيان وزنه في المبسوط اذا اسلم في الحرير ينبغي ان يشترط الوزن لان قيمته تختلف باختلاف الوزن
وينبغي ان يشترط بيان الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما ياتي وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلك
ونحن نعلم يقينا انه لم يرد به قطع الحرير • واما في غيره من الثياب فلا يشترط بيان الوزن لانها لا تختلف
باختلاف الوزن ذكره في الذخيرة • وذكر الامام السرخسي اشتراط بيان الوزن في الوذاري وما يختلف
بالثقل والخفة • وفي المنتقى اذا باع ثوب حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا • وفي المحيط وفي اشتراط ذكر الوزن
في الحرير اختلاف المشايخ • والصحيح انه يشترط • وفيه لو شرط كذا كذا ذراعا فله ذراع وسط واختلف
في تفسير الوسط • **قيل** اراد به الفعل يعني لا يمد كل المد ولا يرخى كل الارخاء • **قيل** اراد به الخشب
لانه يتفاوت • وفي الاسواق قال شيخ الاسلام والصحيح انه يحمل عليهما نظرا للجانبين **قوله** ولا يجوز السلم

في الجواهر ولا خلاف فيه للفقهاء الا لما لك فانه يجوز عنده وفي صغار اللؤلؤ يباع وزنا يجوز السلم لانه
يدق ويجعل في الدواء ولا خلاف فيه ايضا للفقهاء لانه مما يعلم بالوزن ولا يتفاوت احاده ايضا • وفي
المجتبى قوله مبينا يحمل ما يضرب منه اللبن وهو المكان وما يضرب به وهو الالة • وذكر في المحيط انه
يشترط بيان مكانه والالة • وقيل لا يشترط بيان مكانه وبقولنا قال الشافعي • **قوله** وكل ما امكن
ضبط صفته الى اخره لا خلاف للفقهاء حتى جاز السلم في كل ما هو من ذوات الامثال كالقطن والكتان
والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحنا والوسمة والرياحين اليابسة • وفي
الجذوع اذا بين الطول والعرض وكذا الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب والغزل • ويجوز
السلم في التبن كيلا وكيله الغرائر • وقيل انه موزون • وقيل المعتبر هو التعارف كذا في المجتبى •
قوله او نحو ذلك مثل الكوز والانية من النحاس والصفر والقلنسوة وبه قال الشافعي وان كان
يتساوى جوانبه ويمكن العبارة عن ثخانته وطوله وعرضه وما يختلف به الغرض • فاما ان كان
اجزاؤه تختلف كالقماقم والطناجير والاواني المتخذة من الصفر والزجاج والكيزان والحباب فلا يجوز
لتفاوت اجزائها فمنها ما يكون اعلاه اوسع واسفله اضيق وبالعكس وقد يكون وسطه كذلك
كذا في تتمتهم • وعندنا ان كان كذلك لا يعرف فلا يجوز ايضا • **قوله** وان استصنع شيئا من ذلك
من الطشت والقمقمة والخف • قال ابو اليسر في جامعه صورة الاستصناع ان يجيء الى خفاف ويقول
له اخرز لي خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا ويسلم الدراهم كلها او بعضها او لا يسلم • وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن تخريجه اجارة لان استئجار على العمل في ملك الغير والاديم ملك الصانع
ولا بيعا لانه معدوم • وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان وهذا في حكم بيع العين
فلو كان موجودا غير مملوك للعاقد لا يجوز • فاذا كان معدوما اولى ان لا يجوز ولكنا تركنا القياس وجوزنا
الاستصناع بتعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير • والتعامل
بهذه الصفة اصل كبير لقوله عليه السلام استصنع خاتما واستصنع المنبر وهو نظير دخول الحمام
بالاجر فانه جائز بالتعامل • وان كان مقدار ما يمكث فيه وما يصب من الماء مجهولا • وكذا شرب الماء
من السقاء بفلس • والحجامة باجر وان لم يكن مقدار ما يشرط وما يضع من الكحة على ظهره معلوما وهذا
القياس فيما فيه تعامل للناس وفيما لا تعامل فيه لا يترك بان يستصنع حائكا ثوبا لينسجه بغزل نفسه
ثم اختلف المشايخ انه مواعدة او معاقدة قال الحاكم الشهيد مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطي
عند الفراغ ولهذا يثبت لكل منهما الخيار وكان للصانع ان يمتنع من العمل كذا في المبسوط • قال السيد
الامام في المنشور وهو اختيار ابي القاسم الصفار ومحمد بن سلمة وبه ناخذ ولا يلزم المعاملة والمزارعة
على قول ابي حنيفة فانهما فاسدان مع التعامل لان الخلاف في الصدر الاول وهذا اذا كان على الاتفاق
كذا ذكره الامام قاضي خان • والصحيح انه اي الاستصناع يجوز بيعا لا عدة لان محمدا ذكر فيه القياس
والاستحسان يجوز قياسا واستحسانا ولانه جوزه فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز في الكل
ولانه سماه شراء فقال اذا راه المستصنع فانه بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولانه اثبت فيه الخيار
الرؤية وهو يختص في البيع لا في الوعد • ولان الصانع يقبض الدراهم ملكا ولو كان موعدا لا يملكها كذا في
المبسوط والذخيرة • قال ابو اليسر في جامعه بثبوت الخيار لكل واحد منهما وبه لا يتبين انه ليس بيع اذ لو
تبايع الرجلان عرضا بعرض • ولكل واحد ما اشتراه فلكل واحد منهما الخيار وهذا بيع محض • وقوله لا عدة
نفي لقول الحاكم الشهيد كما ذكرناه • **قوله** وقد يعتبر جائز عن قولهما انه بيع معدوم يعني قد يعتبر المعدوم
موجودا حكما للعادة كطهارة المستحاضة وعدله الماء المستحق للعطش وكالمسلم فيه في التسمية عند

الذبح

الذبح للنسيان وكالقراءة في الفرض في الاخريين • وفي حق المقتدي وكالثمن بالدين الموعود وقد تحققت
الحاجة لما ان كل احد لا يجد خفا يوافق رجله او خاتما يوافق اصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة
اصله بيع المنافع وبقوله والمعقود عليه العين دون العمل ينفي قول ابي سعيد البردعي فانه يقول
المعقود عليه العمل ينفي قول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه العين دون العمل لان الاستصناع
استفعال من الصنع وهو العمل فتسميته العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه
بمنزلة الالة للعمل فتسميته العقد به دليل على انه هو المعقود وذكر الاصح ان المعقود عليه العين لان
المقصود هو المستصنع وذكر الصنعة لبيان الوصف • والدليل عليه ان محمدا اثبت خيار الرؤية فيه
وهو انما يكون في بيع العين وكذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد
فاخذه جاز ولو كان بعد العقد يجبر الامر على القبول كذا في المبسوط • **فان قيل** لو كان بيعا
لما بطل بموت الامام قاضي خان ذكر في الجامع انه يبطل بموت الصانع او المستصنع والبيع لا يبطل
بموتهما • **قلنا** للاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع
من حيث ان المقصود عين المستصنع فيه فلشبهه بالاجارة • **قلنا** يبطل بموت احدهما ولشبهه
بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا فيه خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل
الثمن في مجلس العقد • وفي الذخيرة انه اجارة ابتداء وبيع انتهاء ولكن قبل التسليم لا عند التسليم
بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولا يستوفى المصنوع من تركته
كذا ذكر محمد في كتاب البيوع • **فان قيل** لو كان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل • ويجبر
المستصنع على اعطاء الدراهم كما في سائر الصنائع والاجارات • ولو اتى الصانع بمصنوع صنعه قبل
العقد يرى المصنوع عما التزمه بالاستصناع • **قلنا** الروايات في لزوم الاستصناع وعدم لزومه
مختلفة فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الصانع لا يجبر على العمل بل يتخير واذا اتى بالمصنوع لا يجبر المستصنع
على القبول فوجه ذلك اما الصانع لا يجبر على العمل لانه لا يمكنه العمل الا باتلاف عين له والاجارة
تفسخ بهذا العذر الا ترى ان المزارع له ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته وكذلك رب الارض لانه
لا يمكنه المضي بهذه الاجارة في الاجرة شراء ما لم يره • ومن اشترى ما لم يره كان له ان يفسخ العقد ولا
يعطي البدل ولان جواز الاستصناع بخلاف القياس لاجل الحاجة والضرورة في الجواز لا في اللزوم
وعن هذا قلنا ان للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد ليس بلازم فاذا راه ورضي
به ليس له ان يبيعه لان الصانع بالاحضار اسقط خياره ولزم العقد من جانبه فاذا رضي به المستصنع
ثبت اللزوم في حقه ايضا • وقال ابو يوسف اخر الاخيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل ويجبر
المستصنع على القبول لان الصانع ضمن العمل فيجبر عليه • والمستصنع لو لم يجبر على القبول لتضرر به الصانع
لانه عسى لا يشتريه منه غيره اصلا او لا يشتري بذلك القدر فيجبر دفعا للضرر عن الصانع • واما
قوله لو اتى بمصنوع صنعه قبل العقد لا يجبر على العمل • **قلنا** المقصود من العمل المعمول وقد حصل
فقد سقط العمل بهذا كله من الذخيرة • ولا يتعين اي لا يتعين المستصنع الذي اتخذ لاجل المستصنع الا
بالاختيار اي باختيار المستصنع اذ لو تعين لما جاز بيعه قبل اختياره ذكره في المبسوط • وهذا لكونه
بيعا لا عدة ولكون المعقود عليه العين دون العمل وكونه لا يتعين الا باختياره هو الصحيح لما ان كل واحد
منها جزء اخر كما يجيء بعد هذا وهو اي المستصنع بالخيار اذا راه ان شاء اخذه وان شاء تركه لما ذكرنا
انه بيع العين وكان مشتريا والمشتري بالخيار اذا راه ولا خيار للصانع بل يجبر على العمل لانه باع ما لم يره
وهذا مخالف لما ذكر في الذخيرة من رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ان له الخيار ورواية جامع في

اي البسر وكذا ذكر قاضي خان ان له اي للصانع الخيار ايضا وهو الصحيح وقطع القرم وغيره كالاتلاف
الخيطة في جزء • فان قيل هذا ضرر مرضي في حق الصانع لانه من لوازمه • قلنا جاز ان يكون
رضاه بسبب ظن ان المستصنع يجبر على القبول فلما علم ان المستصنع مختار في القبول لا يرضى حينئذ
بقطع القرم واتلاف الخيط غاية الامر ان هذا التقرير يقتضي اعتبار الجهل عذرا والجهل ليس بعذر
في دار الاسلام لانا نقول خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين • من اصحابنا وليس على كل احد
من المسلمين في دار الاسلام ان يعلم اقوال جميع المجتهدين اذ لو كان ذلك مشروطا كان كل الناس علماء
واهل الفتوى وليس ذلك بماخوذ على الناس بل الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي
لا بد منها لاقامة دينه لا في خيار اجتهاد جميع المجتهدين كذا في الفوايد الحميدية • اما الصانع فلما
ذكرنا وهو ان الاستصناع يجوز بيعا لا عدة • والبايع اذا باع شيا لم يره لا يكون له الخيار ولا يشتريه
اي المستصنع غير الصانع بمثله اي بمثل ما اشتراه وبدلا يشتريه غيره اصلا كما لو استصنع واعط
منه انقط الناس عليه فالعاصي لا يشتريه اصلا وفي المبسوط فرق في ظاهر الرواية بين هذا والمسلم
وقال لا فايدة في اثبات الخيار في السلم لرب السلم لان المسلم فيه دين وقد رد المقبوض يعود دينا كما كان • اما
هٰهنا اثبات الخيار في السلم مفيد لانه مبيع عين فيرده بنقض العقد ويعود اليه راس ماله توضيحه ان اعلام
الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فاما ذكر الوصف فيه مقام الرؤية في بيع العين • فاما
اعلام العين فتمامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين فيثبت فيه خيار الرؤية كالثياب وفي الكافي
كالجباب والثياب • وصورته ان يدفع الى حايك دينارا لينسج له ثوبا من غزل نفسه • **قوله** لو ضرب
الاجل اي الاجل الذي يضرب للسلم فيه فانه ذكر في المبسوط هذا اذا ذكر على سبيل الاستمهال بان اجل شهرا او ما
فوقه • اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان تفرغ عنه غدا او بعد غد فهذا لا يكون سلما
لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتاخير المطالبة بالتسليم الا ترى انه ذكر ادنى مدة الفراغ فيها من العمل
وحكى عن الهندواني انه قال اذا كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان
من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال • **وقيل** ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل
فهو استصناع • وان كان اكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف المدة فلا يمكن تقديره
بشي معلوم • يقول ابو حنيفة يقول الشافعي ومالك واحمد لانهم لا يجوزون الاستصناع ثم فيما كان سلما يشترط
فيه ما يشترط في السلم من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية على قضيته اي قضية
الاستصناع او اللفظ وذلك لان ذكر الاجل محتمل فانه يحتمل ان يكون للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال
والاستصناع محكم في تناوله لما وضع له غير محتمل لشي اخر فيحمل المحتمل على المحكم فيقال ان ذكر الاجل
للتعجيل • وفي المبسوط الاستصناع بدون ذكر الاجل عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يصير لازما كعقد
الشركة والمضاربة وبهذا لان ذكر الاجل للترفه وتاخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس
ولو كان الاستصناع بذكر الاجل للترفه وتاخير المطالبة فلا يتغير الى سلم لصار السلم بحذف الاجل استصناعا
ولو كان هذا سلما لكان سلما فاسدا لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم وابو حنيفة
يقول انه اي المستصنع مبيع دين ومبيع الدين لا يكون الا سلما كما لو ذكر لفظة السلم • وبيانه ان المستصنع
فيه مبيع والاجل لا يثبت الا في الديون فلما ثبت الاجل هٰهنا عرفنا انه مبيع دين توضيحه ان المعتبر ما هو
المقصود وبه يتغير العقد لا باعتبار اللفظ الا ترى انه لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا
ولو قال ملكتك سكنى هذه الدار بعشرة دراهم شهرا كان اجارة فعرفنا ان المعتبر هو المقصود ومتى ضرب
له اجلا عرف انهما قصدا مباشرة عقد السلم ثم السلم اقرب الى الجواز من الاستصناع • **فان قيل**

واحد منهما

واحد منهما مستحسن ولكن الاثار في السلم مشهورة حتى جاز فيما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه فكان الاصل
فيما قصداه الا السلم مشهورة الا اذا تعذر جعله سلما بان يذكر فيه اجلا فحينئذ يجعل استصناعا ولان
الاجل موخر للمطالبة ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد واللزوم في السلم دون الاستصناع فيكون
الاجل فيه دليل على انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه وهذا الوجه مقرون عما عنه
لا من صنعته يجبر على القبول وبهذا تبين فساد قولهما انه سلم شرط صنعة صانع بعينه وما قالا ان السلم
بحذف الاجل يصير استصناعا يشكل بالمتعة حيث لا يكون نكاحا بحذف المدة عنها ثم النكاح بذكر
المدة فيه يصير متعة بان تزوج امراة شهرا الكل من المبسوط • **قوله** نوع شبهة فان في قوله
ينكر ان شرعية ولانه عدة عند البعض لا بيع فلا يجبر على التسليم ولان جوازه بتعامل الناس وتعاملهم
في كل البلاد غير معلوم فكان في تجويزه شبهة ولانه نقل عن الصحابة تعاملهم السلم • وفي تعاملهم
الاستصناع شبهة والسلم مذكور في الكتاب والسنة فكان اقرب الى الجواز • وذكر الاجل نص على
السلم وكان عمل اللفظ على السلم اولى • **قوله** مسايل منثورة لانه غير منتفع فلا يكون مالا محلا للبيع وفي
شرح الارشاد يجب قتله ويحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير وبيع المعلم يجوز لما روى جابر انه
عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا الكلب المعلم • قال شمس الايمة السرخسي لو كان العقور بحال
يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب لانه حينئذ يكون منتفعا مالا فيكون مالا محلا للبيع
الدليل ان محمدا ذكر في النوادر لو باع الجرو يجوز لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل
التعليم من السحت اي الحرام المحض الخالص • **وقيل** السحت الحرام المستاصل ومهر البغي اجر الزانية
بغت المراة بغاء بالكسر والمد زنت الا انه قد يشبه فعيلا بمعنى مفعول فلا يفرق كقولهم ملحفة جديد
وسماه ثمنا باعتبار صورة البيع فكان اي جواز البيع منتفيا لان العز والهوان متنافيان لا يجتمعان
ولانه سورة عين فيحرم بيعه كالخنزير وعكسه الشاة وانما جاز الانتفاع به اصطيادا وحراسة
ضرورة لحاجة الناس كالخرز بشعر الخنزير • **قوله** وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب وبه قال احمد
وبعض اصحاب الشافعي ومالك • وقال بعض اصحاب مالك يجوز بيع الكلب الماذون بامساكه ويكره
ويجوز الشافعي اجارة الكلب المعلم في اصح الوجهين • اما اقتناء الكلب للصيد وحفظ الزرع والبيوت
والمواشي يجوز بالاجماع • وعنده لا يجوز بيع كل عين نجسة كالكلب والنمر والاسد • لنا انه عليه
السلام الحديث رواه ابن عباس • **فان قيل** المدعى جواز بيع جميع الكلاب • وهذا الحديث يقتضي
جواز بيع كلب الصيد والماشية • **قلنا** المقصود من ايراد الحديث ابطال مذهب الخصم فانه يدعي
شمول عدم الجواز في الكل اما اثبات المدعى والمذهب بما ذكر في الاسرار حديث عبد الله بن عمرو بن
العاص • فانه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما فذكره مطلقا من غير
تخصيص في انواع الكلاب في التضمين وتضمين المتلف دليل على تقومه وماليته او نقول ثبت جواز
بيع الكلب المعلم بقوله الا كلب صيد • وجواز بيع كلب الغير المعلم سوى العقور بقوله او ماشية
فان كل كلب يصلح لحراسة الماشية اذ من عادته النباح عند حس الذيب والسارق فبقي العقور
تحت المستثنى منه كذا في الاسرار • **قوله** ولانه اي الكلب منتفع به حراسة واصطيادا حقيقة
وشرعا فكان مالا لان المال غير الادمي خلق لمصالح الادمي فيكون محلا للبيع • **فان قيل**
الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالادمي فانه ينتفع بمنافعه اجارة وغيرها ولا يدل
على ان عينه مال • **قلنا** الانتفاع بمنفعة الكلب تقع تبعا لملك العين لا قصدا اي المنفعة
الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثور

ولا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخرز ولا يجوز بيعه لانا نقول الخنزير محرم العين شرعا لا يباح امساكه
لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء منه وسقطت القيمة ثم الاباحة لضرورة الخرز لا يدل على
رفع الحرمة عن اصله فيما عداه الضرورة كاباحة لحمه حالة الضرورة لا يدل على صحة تموله وجواز
بيعه • فاما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق واباحته للضرورة ليستدل بها على التحريم كذا
في الاسرار • والحديث محمول على الابتداء فانه روي عن ابن عمر انه قال روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وكانت الكلاب تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن
اقتنائها فشق ذلك عليهم فامر بقتلها ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة
ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب ويجوز تملكهما بالهبة والوصية فيجوز
تملكهما بالعوض ايضا وبهذا تبين انها ليست بنجس العين • فان الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في
حالة الاختيار كالخنزير والخمر ولا يجوز تمليكه قصدا بالهبة والوصية كذا ذكره في كتاب الصيد
من المبسوط ولا ينفك التحريم متاخر بعلة النسخ لان ذلك فيما لم يعرف تقدمه وههنا قد دل الدليل •
على تقدمه كما ذكرنا بتحريم التناول وفي الايضاح • فاما نجاسة العين في ذاته ان سلم له فتاثيرها
في تحريم التناول ووجوب الاجتناب عنه حسا صونا لنفسه وثيابه عن النجاسة • اما في
حق جواز الانتفاع بها اصطيادا او حراسة فلا • وفي جامع قاضيخان وهذا مثل السرقين عندنا
فانه يجوز بيعه لانتفاع الناس به من غير نكير • وعند الشافعي لا يجوز لنجاسة عينه كالعذرة وقلنا
العذرة لا ينتفع بها الا اذا اختلط بالتراب فحينئذ يجوز بيعها تبعا • وذكر القدوري يجوز بيع كل ذي ناب
وذي مخلب الا الخنزير كذا في الذخيرة والمحيط • وعند الشافعي ما لا نفع فيه في الحال من الحيوانات •
ويرجى نفعه في الثاني كالفهد الذي اذا علم والفيل الذي يأنس حمل وقاتل ففي جواز بيعه في الحال
وجهان احدهما لا يجوز • والثاني يجوز كذا في الحلية • وفي شرح الوجيز اعلم ان الحيوانات الطاهرة
نوعان ما ينتفع به فيجوز بيعه كالنعم والبغال والحمير من الصيود كالظباء والغزلان • ومن الجوارح كالصقور
والبزاة والفهود ومن الطيور كالحمام والعصفور والعقاب والزرزور • ويجوز بيع الفيل والهرة •
والقرد وما لا ينتفع به لا يجوز بيعه كالخنافس والعقارب والفارة والنمل ونحوها ولا ينظر الى
منافعها المعدودة • فان تلك المنافع لا يلحقها بما في العادة وفي معناها السباع التي لا تصلح للاصطياد
والقتال عليها كالاسد والذئب والنمر ولا ينظر الى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة فانها ليست
من المنافع المعتبرة • وعندنا يجوز بيع ما يحل الانتفاع به وما يجوز الانتفاع بجلده او عظمه وفي
بيع القرد روايتان وذكر شيخ الاسلام يجوز بيع الهرة ولا باس في ثمنها ولا يجوز بيع هوام الارض وما في
البحر كالاسودين والضفدع الا السمك كذا في المبسوط • وفي النوازل يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها
في الادوية وان لم ينتفع به لا يجوز • وفي الايضاح في القرد روايتان وجه عدم الجواز انه في الغالب
يجوز بيعه للتلهي وهذه جهة محظورة فلا يجوز بيعه • وجه الانتفاع به انه امكن الانتفاع بجلده وبيع
الدهن النجس للانتفاع عندنا وعند الشافعي لا يجوز لانه مائع نجس كالدم والاستصباح به يجوز بالاجماع
ولانه اي كل واحد من الخمر والخنزير ليس بمال اي بمال متقوم • وفي المبسوط قال عليه السلام لعن الله في
الخمر عشرا وذكر من جملتها بايعها • وقال عليه السلام لعن الله اليهود حرم عليهم الشحوم فجملوها وباعوها
وان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم بيعها واكل ثمنه وبهذه الاثار تبين ان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم
فلا يجوز بيعها وقد ذكرناه اي في باب البيع الفاسد • **قوله** ولانهم اي اهل الذمة مكلفون اي بالايمان
وموجب المعاملات وفي المبسوط ولا يجوز من اهل الذمة شيء من البيوع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز

بين

بين اهل الاسلام • وما خلا بيع الخمر والخنزير فان ذلك يجوز بينهم لان الخنزير في حقهم كالشاة في حقنا
والخمر كالعصير لهم لما كانوا مكلفين كانوا محتاجين الى ما يتقى به انفسهم كالمسلمين ولا يبقى الا نفس •
الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنة ولا يحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة
ومن تلك الاسباب البيع فيجب ان يكون البيع مشروعا في حقهم ليتمكنوا في تبقية انفسهم ولو تم الخطاب
للعمال اي اجعلوهم ولاة بيعها والتولية ان يحمله والنا • روي ان عمر لما بلغه ان المسلمين بالشام •
ياخذون الخمر والخنزير في الجزية والعشر من ثمنها **قوله** ومن قال لغيره الى اخره صورة المسألة ما
ذكره الامام المرغيناني والكشاني هي ان يطلب رجل من اخر شراء عبده بالف وهو لا يبيعه الا بالف
وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجيء اخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك منه بالف
على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول بعت فيكون قوله بعت جوابا للكل ولو لم يوجد
ايجاب ولا مساومة وقد وجد ايجاب العبد بالف عقيب ضمان الرجل كان كذلك استحسانا اما لو
ضمانه بعد الاباء والمساومة يصح قياسا واستحسانا • وذكر فخر الاسلام اصل ذلك ويجوز ان يقال •
تسمية المال لا حقيقة الا ترى ان من باع عبدا بالفين وقيمته الف ان الالف الزائد لا يقابله مال
الا تسمية فصار الفضول في ذلك بمنزلة بدل الخلع • وقد شرط بدل الخلع على غير العاقد اعني على
غير المراة • وكذلك ههنا وان لم يكن من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها فلا يصح شرطه على
الغير وذكر الثمن باشي ولو لم يقل من الثمن جاز البيع للمشتري بالف حتى اذا ادى الالف له قبض العبد وليس للبائع
ان يحبسه لاجل الخمسمائة ولو اراد المشتري ان يبيعه مرابحة يبيعه بالف وللشفيع ان ياخذ المبيع بالالف
ان كان دارا ولو تقايلا البيع فللمشتري ان يسترد الخمسمائة من البائع • وفي قياس ابي يوسف ينبغي ان لا
يسترد لان الاقالة بيع جديد • ولو رده بعيب بقضاء او بغير قضاء يسترد • ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري
والمسألة بحالها فالزيادة واجبة في حق المشتري فللبائع ان يحبسه حتى يحصل اليه خمسمائة لانه صار
كالمشتري اشتراه بالف وخمس مائة وله ان يبيعه مرابحة وللشفيع اخذه بذلك • ولو رد بعيب او تقايلا
فالبائع يرد الالف على المشتري والزيادة على الضمين • وذكر الامام السرخسي الفرق بين المسألتين من
وجهين فقال في المسألة الاولى ضمن الاجنبي وصير نفسه زعيما حيث قال من الثمن • وذلك جائز وفي
الصورة الثانية لان هناك رشاه على البيع بما سمى من المال والرشوة حرام لا تلزم بالضمان • وفي الصورة
جعل الخمسمائة مستحقا للبائع بالبيع بقوله من الثمن وذلك جائز • وفي الصورة الثانية جعل الخمسمائة
للبائع على نفسه بالتزام ابتداء لا بالبيع وذلك رشوة التزمها ليحصل المقصود اولانه قال من الثمن •
فقد صار مضيفا الالتزام الى ما بعد البيع لان وجوب الثمن يكون بعد البيع واذا لم يقل من الثمن كان التزاما
منه بشرط ان يبيعه منه بالف وذلك غير صحيح • **فان قيل** كيف يجب عليه شيء من الثمن بالبيع ولم
يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه • **قلنا** التزام الثمن بالبيع مضمون لا يكون الا ممن يدخل المبيع
في ملكه فاما تبعا فيكون من غير المشتري • ولهذا جوزنا من المشتري الزيادة في الثمن مع انه لا يملك
شيئا بمقابلة هذه الزيادة اذ المبيع صار مملوكا له كله بالثمن الاول ولكن هذه الزيادة تثبت تبعا
فان قيل لو ثبتت هذه الزيادة ثمنا لتوجهت مطالبتها على المشتري ثم الضامن يكون متحملا عنه
وبالاتفاق لا يطالب المشتري • **قلنا** لا يطالب لانه لا يلتزمها وانما يطالب بها من التزمها لان
ثبوت الحكم بحسب السبب وهو كالرجل يقول لفلان على فلان الف وانا به كفيل وانكر الاصيل ذلك
فان الكفيل يصير مطالبا بالالف والاصيل لا لهذا المعنى وذكر في الفوائد الظهيرية هذا السؤال •
والجواب بوجه اخر فقال فان قيل يجب ان لا يصح الزيادة من الاجنبي لان اصل الثمن لا يجوز ان يجب عليه في

المبيع لغيره فكذلك الزيادة ● **قلنا** ذكر الجصاص عن الكرخي انه اورد هذا السؤال ومنع وقال
يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والثمن لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما بازائها لغيره وقال
ما نعرف في هذا رواية منصوص عليها من اصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى
الفرق ● ثم قال الجصاص هذا المنع مما يتعذر وذلك لان عن اصحابنا رواية في هذا فان محمدا ذكر في
كتاب الصرف وغيره ان من اشترى شيئا بدين له على غيره لا يصح هذا عند علمائنا الثلاثة لانه اشترى
بشرط ان يكون تسليم الثمن على الغير والثمن لغيره ● واذا كان شرط تسليم الثمن على الغير باطلا فلان يبطل
الشرى بشرط وجوب الثمن وتسليمه على غير المشتري كان اولى ● واذا كان كذلك لم يكن بد من الفرق
والفرق ان القياس يابى جواز الزيادة من الاجنبي لانها بدل مال معاوضة من غير ان يحصل ما بازائه
عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا انا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي
شرعا وهو حديث ابي قتادة حين امتنع النبي عليه السلام عن الصلاة على رجل من الانصار لمكان دين
عليه قال ابو قتادة هو علي والي وفي مالي يا رسول الله وجوزه لك منه حتى صلى على الميت وذلك
القضاء منه بذلك المال عوضا عن دينه من غير ان يجعل له عوض بازائه والزيادة في الثمن من الاجنبي
في معناه فيلحق به دلالة ● قال شيخي العلامة صاحب النهاية لكن الاولى ما قاله العلماء لانا لو
استدللنا في جواز التزام الزيادة من الاجنبي بهذا الحديث ينبغي ان يجوز من الاجنبي التزام اصل
الثمن ايضا اذ احكم الحديث لا يفرق بينهما وبالاتفاق لا يجوز التزام اصل الثمن من الاجنبي ولان حكم
الحديث كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي وقت الزيادة المعاقدة قبل وجوب اصل الثمن
على المشتري فعلم ان بينهما فرقا ● وقوله لانه دليلنا وجه قول زفر والشافعي في القياس وقد مر في فصل
بيع المنقول قبل القبض ● وقوله من شرطها المعاملة تسمية جائزة اشارة الى ما ذكر العلماء من الفرق
قوله لوجود سبب الولاية اي ولاية التزوج وهذا الملك في الرقبة على الكمال لان ولاية التزوج
يثبت بملك الرقبة كاملا حتى لو ملك نصفها لا يملك التزوج ● **فان قيل** ملك الرقبة سبب ولاية
التزوج فكذلك سبب ولاية التصرف ايضا فلم لا يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك فان عنده يجوز
جميع التصرفات قبل القبض ● وعندنا والشافعي واحمد لا يجوز البيع ويجوز التزوج والعتق والوقف
بالحديث على خلاف القياس ● **قيل** الحكم في تخصيص البيع دون سائر التصرفات ● **قلنا** ان
البيع دون سائر التصرفات يبطل بالغرر لاحتمال انفساخه بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ
بهلاك المعقود عليه قبل القبض وبعده ● ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون
بالقبض وهي ليس بشرط في النكاح الا ترى انه لا يجوز بيع الآبق ● ونكاح الآبقة يجوز ● وذكر الصدر
الشهيد في فتاوى الاكبر جاز نكاحها قبل القبض ان تم البيع وان انتقض بطل النكاح في قول ابي يوسف
خلافا لمحمد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كانه لم يكن ●
فصار النكاح باطلا فعلى ما اختاره انما يصير المشتري بعيب يبقى على تقدير الرد ● وذكر القاضي الامام
الزرنكري لو ماتت الجارية ● **قيل** لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتى لم يبطل ما حتى مات تجب المهر ●
للمشتري وهذا اي وطي الزوج قبض ● وعند الشافعي واحمد لا يصير قبضا لان الوطي لا يمنع الرد بالعيب ●
فلا يكون تعيبا من جهته اي من جهة المشتري ان يصير اي المشتري قابضا لان التزوج عيب فيها حتى
لو وجدها ذات زوج له ان يردها ● فالمشتري كان ذا عيب المعقود عليه حكما بالاعتاق والتدبير يصير
قابضا فكذا بالتزوج لانه تعيب حكمي لكن لا يصير به قابضا لان بالتعيب الحقيقي بان فقأ عينها او قطع
عينها او قطع عضوا ما يصير مستوليا على المحل فيصير قابضا فكذا الوطي استيلاء على المحل بالفعل الحسي فيصير

به قابضا ولا كذلك الحكمي وهو التزوج ● وفي التزوج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغبات
الناس فيها به وينتقص لاجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزوج لما كان عيبا كان نظير الاقرار ●
عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف التعيب الحسي فكذلك باعتبار فعله
يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها ● **فان قيل** يشكل هذا بالاعتاق والتدبير فانهما ليسا
باستيلاء على المحل بالفعل الحسي مع انه يصير قابضا بهما باجماع العلماء ● **قلنا** بهما اتلاف من وجه فالا
الاعتاق لانها للملك فيها واتلاف للمالية ولهذا يثبت الولاء فمن ضرورته ان يصير قابضا وهذا استيلاء
على المحل غاية الكمال فوق القبض وكذا التدبير في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية كذا في المبسوط
قوله ومن اشترى عبدا فغاب اي المشتري قبل قبض العبد وقبل نقد الثمن ● وانما وضع المسئلة في العبد
لانه يجوز في العبد لا في الدار لا يتعرض القاضي لذلك ولا يبيعه فان القياس لا يجوز في
العبد الا انه يجوز العبد استحسانا ليسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج الى النفقة في الدار كذا ذكره شيخ
الاسلام خواهر زاده ● وذكر التمرتاشي وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب فاقام
البينة يعني اقرانه باع هذا العبد من ذلك المشتري فاقام البينة على ذلك وانما ذكر البينة لنفي التهمة
فان البائع لو طلب من القاضي ان يبيعه لثمنه وقص عليه القصة فالقاضي لا يجيبه ● **فان قيل** كيف
يقبل البينة من غير خصم منكر لان من شرط قبول البينة انكار خصم حاضر ● **قلنا** قبول البينة لكشف
الحال او لانه يدعي ثبوت ولاية النظر للقاضي في هذا المال بسبب غيبة صاحبه فالقاضي ناظر
لكل من عجز عن النظر لنفسه والحاجة الى النظر ههنا ماسة لهما جميعا ● اما للمشتري فلان العبد ملكه
وهو محتاج الى البينة ● واما للبائع فلانه يتعرض للهلاك في يده وبهلاكه يسقط حقه فلهذا قبلت
البينة ● وحاصله ان حكم القاضي هذا حكم باقرار المقر في الحقيقة ● وانما اشترط مع ذلك اقامة
البينة لاظهار الامر على القاضي ونفي التهمة لا لاثبات الملك للغائب والدين عليه وانكار الخصم
انما يشترط لقبول البينة ان لو كان المدعي يدعي اثبات الحق على المدعى عليه والقاضي يقضي بموجب البينة
اما ههنا فالقاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده فلا يحتاج بذلك الى الانكار وهذا لان العبد
في يد البائع والقول قول الانسان فيما في يده الا ترى انه لو ادعى انه ملكه كان القول قوله فاذا اقر
بالبيع فقد اقر للغائب بالملك على وجه يكون مشغولا بحقه لان للثمن تعلقا بالمبيع فيعتبر اقراره وشرط
البينة لنفي التهمة كذا ذكره الامام السرخسي والامام قاضي خان في جامعه وذكر شيخ الاسلام خواهر
زاده القياس ان لا يسمع بينته لانه يقيم على اثبات حق على الغائب ولو يعرف مكانه فانه لا يقبل
وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان يقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع
بالمبيع لانه ملك غيره واحتاج الى ان ينفق عليه ما لم يحضر المشتري ● وربما يربي النفقة على الثمن متى انتظر
القاضي حضور المشتري فيؤدي الى ابطال حقه ● والقاضي ناظر الاحياء لحقوق الناس فكان للقاضي
ان يقبلها لتندفع البلية بخلاف ما لو ادعى حقا على الغائب لينزع شيئا من يده فان القاضي لا يقبلها اذ ليس
فيه خصم لا انا تركنا القياس باجماع بيننا وبين الشافعي والاجماع في هذا ليندفع البلية عن البائع وليس ●
فيه ازالة يد الغائب عما في يد البائع يستوفي مما في يده فلا يكون واردا على انتزاع ما في يد الغائب وفيه
ازالة ملك البائع ويدعي ايفاء حقه عما في يده ● بيعه اي العبد القاضي فيه اي في استيفاء حقه
فان قيل في البيع ويدعي ايفاء حقه الى لزوم بيع المنقول قبل القبض وذا لا يجوز بالاجماع والقضاء
على الغائب ايضا ● **قلنا** فمن مشايخنا من قال ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيعه لان بيع
القاضي كبيع المشتري وبيع المشتري لا يجوز قبل القبض فكذا بيع القاضي ويكره فيه نظر لان المشتري ليس له

ان يقبض قبل نقد الثمن فكذا من جعل وكيلا عنه • **وقيل** لا ينصب وكيلا ليقبضه للمشتري لان
البيع مما ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبائع احيا لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت
الشي ضمنا ولا يثبت قصدا كذا في الفوائد الظهيرية • وانما ذكرنا ان هذا ليس بقضا على الغائب
بل هو اعتبار صاحب اليد فيما في يده والقضا على الغائب انما لا يجوز اذا وقع مقصودا • فاما
لو وقع ضمنا لمقصود سواه فيجوز • **قوله** والبيع لم يقبض وذلك لان البائع احق بمالية العبد اذا كان
قبل القبض فان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن فلو مات المشتري في هذه الحالة كان البائع احق بماليته
من سائر الغرما كالمرتهن اذا مات الراهن فانه احق من سائر الغرما • والمبيع قبل القبض في يد البائع
سلمه اليه وقبضه والمسئلة بحالها لا تقبل بينة البائع لان حقه بات في الثمن غير متعلق بمالية العبد بل هو
دين في ذمة المشتري والبينة لاثبات الدين على الغائب غير مقبوله عندنا فلا يتمكن القاضي
من قضا الدين من مال الغائب قبل ثبوت الدين واثباته بالبينة انما يكون عند حضور الخصم اليه اشار
الامام السرخسي لان حقه اي حق البائع لم يتعلق به اي بالعبد بل صار دينا في ذمة المشتري فيبيع هو
اي المشتري ايضا حتى يرجع البائع بالنقصان اذا ظفر به • **قوله** فللحاضر الى اخره اتفقوا على انهما
لو كانا حاضرين واراد احدهما ان ينقد حصته من الثمن ليقبض نصيبه ليس له ذلك فالخلاف في
موضعين • احدهما في قبض جميع العبد • والثاني في احتباس نصيب الغائب عنه اذا حضر وذكر التمرتاشي
فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقد اختلفوا في مواضع احدها هل يجبر الحاضر
على قبول نصيب الغائب عند ابي يوسف لا يجبر وعندهما يجبر • والثاني هل يجبر البائع على تسليم نصيب
الغائب الى الحاضر عنده لا يجبر وعندهما يجبر ويقبض نصيبه بطريق المهاياه • عنده ايضا لهما انه اي
الحاضر مضطر فيه اي في ادا جميع الثمن • وله اي للبائع حق الحبس اي حبس المبيع • **فان قيل** لو كان
التعليل بالاضطرار معولا عليه لما تفاوت الحكم بين ان يكون الشريك حاضرا او غايبا كما في صاحب العلو
فانه بنى السفل ليبنى عليه علوه فانه لا يكون متبرعا بنا السفل سوا كان صاحب السفل حاضرا او غايبا
وههنا لو كانا حاضرين فاراد احدهما نقد الثمن وقبض نصيبه ليس له ذلك بالاجماع ولو نقد نصيبه
كان متبرعا فيما نقد بالاجماع • **قلنا** الملك للغائب انما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر لان
من خاطب الاثنين بالبيع فقبل احدهما دون الاخر لم يملك شيا منه • واذا ثبت ان الملك له باعتبار
قبول الحاضر فان الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشرا فاذا نقد الثمن تمكن من قبض المبيع ويثبت له الرجوع على صاحبه
بنصيبه الا انه وكيل من وجه دون وجه لانه لا يكون مطالبا بنصيب صاحبه من بعد قبوله فمن هذا
الوجه يكون كالمتبرع فلشبهه بالمتبرع • **قلنا** اذا كان صاحبه حاضرا لا يرجع عليه واشبه بالوكيل
قلنا اذا كان صاحبه غايبا يرجع عليه بما ادى عنه لانه في حال حضرته غير مضطر الى ابقا جميع
الثمن لانه يمكنه ان يخاصمه الى القاضي حتى ينقد نصيبه من الثمن ليتمكن هو من قبض نصيبه وفي حال غيبته
مضطر الى ذلك لانه لا يتوسل الى قبض نصيبه من العبد الا بدفع جميع الثمن ثم يرجع على صاحبه بنصيبه
ويحبس نصيبه عنه ليستوفي عنه ما ثبت له حق الرجوع به كما يثبت للوكيل حق حبس المبيع اذا نقد الثمن من مال
نفسه كذا في الجامع الصغير لشمس الايمة • واما صاحب العلو فانه مضطر الى ان يتوسل الى حقه من بنا
العلو سوا كان صاحب السفل حاضرا او غايبا لانه ليس له ان يخاصمه في ان يبني السفل ليبني هو علوه •
فلذلك افترقا • **فان قيل** ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استاجر الرجلان دارا فغاب احدهما
قبل نقد الاجارة فنقد الحاضر الاجر كله فانه يكون متبرعا بالاجماع • **قلنا** انه غير مضطر في نقد
نصيب صاحبه من الاجر من قبل انه ليس للاجر حبس الدار لاستيفا الاجر كذا ذكره التمرتاشي •

كمعير الرهن يعني اذا اعار شيا ليرهنه فرهنه المستعير الراهن ثم غاب او افلس فافتكه المعير يرجع
بما ادى من الدين على الراهن وان كان قضى دينه بغير امره لانه مضطر في قضا الدين اذ لا يمكن
من الانتفاع بملكه الا بقضا الدين فكذا ههنا • **قوله** بالف مثقال ذهب وفضة في المبسوط
لو باعها بالف مثقال ذهب وفضة او دراهم او دنانير كان له النصف من كل واحد لان الواو
للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواه بين المعطوف والمعطوف عليه
اذ لا رجحان الا انه ان كان الف مثقال فعليه خمسمايه دينار بالمثاقيل وخمسمايه درهم وزن
سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه • وقال التمرتاشي لو قال بالف مثقال
ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما على السوا ويشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم
والدنانير حيث ينصرف الى الجيد • وكذا لو قال على مايه مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد
النصف وكذا هذا في جميع ما يقربه من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا
او وديعة او بيعا او شرا او مهرا او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك وكذا لو قال
على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس • **قوله** وهو لا يعلم اي رب الدين لا يعلم زيافته
كهوا وبحقه في الاصل اي القدر حتى لو كان دون حقه في القدر لم تسقط مطالبته فكذا اذا كان دون
حقه وصفا فرد المقبوض • ان كان باقيا ومثله ان كان مستهلكا لان مثل الشي يحكي عنه ويتعذر الرجوع
بفضل قيمة الجودة عند المقابلة بجنسها • وفي جامع قاضي خان رجع محمد الى قول ابي يوسف انه
اي المودي وهو الزيوف من جنس الجياد يجوز اخذه مسلما لانقضا حقه به اي بالمودي وهو الزيوف
من جنس الجياد يجوز لانقضا حقه به اي بالمودي من الزيوف فيما لا يجوز الاستبدال فيه لا يكون
ذلك دليلا على كونه من جنس حقه حتى لو كان له دين على اخر في غير موضع الصرف والسلم جاز له ان
يستبدله بالثياب وغيرها • ومعلوم ان الثياب ليس من جنس حقه وفي الصرف والسلم لا يجوز الاستبدال
فلو لم يكن الزيوف من جنس حقه لكان استبدالا فيهما وهو لا يجوز • وفي الفوايد الظهيرية في تعليل
قول ابي يوسف ولا يقال ان المقبوض ملكه فكيف يقضي عليه بضمانه ثم قال لانا نقول جاز ان يقضي
عليه بضمان ما هو ملكه اذا كان فيه فايدة • الا ترى ان كسب المأذون له المديون مضمون على
المولى وان كان ملكا له حتى لو اشتراه صح وكذلك المرهون مضمون على الراهن وان كان ملكا له وثمة في
التضمين فايدة وهي احيا حقه في صفة الجودة والفرق لهما بين هذا وبين ما استشهد ان الضمان ثمة يجب عليه
حقا له ولا سبيل اليه والضمان فيما استشهد يجب عليه للغرما الى ذلك سبيل لما ذكرنا ومراته لا قيمة لها
عند المقابلة بجنسها لانها اي ايجاب الضمان ايجاب له اي يجب لاجله عليه ولا نظير له اي في الشرع
وفي النوادر اشترى دارا بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد • وفي الاجناس لو اشترى
بالجياد لانه انما ياخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فراس المال الجياد • وفي الاجناس لو اشترى بالجياد
ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد • قال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث • **قوله**
اذا تكسر وفي بعض الروايات تكسر اي دخل في كاسة وهو موضعه وقيد بالتكسر لانه لو كسره احد
يكون له لانه اي كل واحد من الفرخ والبيض والظبي مباح سبقت يده اليه فكان احق به ولان الفرخ والبيض
صيد قال تعالى ليبلونكم الله بشي من الصيد تناله ايديكم ورماحكم يعني البيض والفراخ • وقال
عليه السلام لمن اخذ • لم يعد اي لم يهي وارضه لذلك اي للصيد والحكم لا يضاف الى شي يصلح سببا
الا بالقصد لذلك كنصب شبكة للجفاف يعني لو تعلق بها لا يكون له ما لم يكفه بضمه اما اذا ضمه
ذلك الى نفسه او كان قصد لذلك وهياه له فحينئذ يكون له ما وقع في نبابه وكذا اذا هيا مكانا

للشريكين فما وقع فيه يكون له عند البعض كذلك في جامع قاضي خان لانه اي العسل عند انزاله اي الارض وهو ريعها وما حصل منها وذكر الضمير وان كان راجعا الى الارض على تاويل المكان والانزال بفتح الهمزة جمع النزل وهو الزيادة والفضل ذكره في المغرب يعني الفرخ والبيض صيد لانه اسم لما لا يوخذ الا بحيله اما في الحال او في المآل وبما يصيد الصفقة وكذا المنكسر لان احتمال البراح والانقلاب بالانجبار ثابت والصيد لمن اخذ والعسل ليس بصيد بل هو من انزال الارض وتوابعها فان العسل لا يحصل في مطلق المواضع ومطلق الاغذية بل بغذاء خاص ومكان خاص فاذا عسل في ارض علم انه من نبات ذلك الارض فكان من اجزاء ذلك الارض فيكون لمالك الارض كما اذا نبت في ارضه شجرة او اجتمع طين او تراب في ارضه بجريان الماء يكون لمالك الارض وان لم يكن الارض معدة لذلك

كتاب الصرف

اخر كتاب الصرف عن بيان انواع البيوع لما ذكرنا في اول باب السلم او لان الصرف تبع الاثمان والثمن في البياعات يجري مجرى الوصف والمبيع مجرى الاصل لتوقف جواز المبيع الى وجود المبيع دون الثمن والوصف تابع للاصل وقد ذكرنا في الكتاب معنى الصرف لغة وشرعا وله ثلث شرائط احدها التقابض في البدلين قبل الافتراق بالاتفاق والائمة الاربعة والثاني ان لا يكون في هذا العقد خيار الشرط لان بالخيار يمتنع الملك واذا امتنع الملك امتنع القبض الذي هو من شرائط العقد لان بالخيار يمتنع استحقاقا وما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقي الخيار والثالث ان لا يكون اجل لانه ينعدم استحقاق القبض لا يقال الشرط مقدم او مقارن والقبض متاخر فكيف يكون شرطا لانا نقول الاصل في الشرط ذلك الا ان مقارنة القبض بالعقد غير ممكن من غير اعراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فقلنا جواز بقبض يوجد في المجلس ولهذا اختلف المشايخ ان التقابض شرط صحة العقد او شرط بقائه صحيحا فعلى قول من يقول شرط بقائه صحيحا فالجواب ظاهر وعلى قول من يقول شرط صحة العقد يتوجه الاشكال والجواب ما ذكرناه وفي المبسوط الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض وفي شرح الطحاوي الصرف اسم لعقود ثلثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالآخر وانما قال من جنس الاثمان ولم يقل من الاثمان لان النقرة يتعين بالتعيين فلا يكون ثمنا مطلقا وعقد الصرف يشمل التبر والمضروب والمخلوط **قوله** لا ينتفع بعينه اي بعين ما يكون ثمنا خلقة فان غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه كاللحم والثوب وغيرهما من الاشياء غير النقدين فيجوز ان يكون الفائدة والمقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة اما في بيع الصرف لو لم يكن المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة والصرف لغة الزيادة فكانت ارادة الزيادة مطلوبة في بيعهما فلذلك اختص هذا النوع بلفظ الصرف ولهذا قيل لمن يعرف هذا الفضل كالزيادة صراف وصرفي وانما يشتري التجار الذهب بالفضة وبالعكس لينقلوها من بلد الى بلد لطلب زيادة الربح **قوله** ومنه اي من القول بان الصرف لغة الزيادة سميت عبادة النافلة صرفا لانها زائدة على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا الصرف هو النفل والعدل هو الفرض وسمي الفرض عدلا لكونه اداء الحق مستحق ولكن ذكر في الفائق حديثا آخر في هذا وفسر الصرف بتفسير آخر وقال قال في ذكر المدينة من احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس الى البر عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه والمراد من احداث الحدث الفعل الذي يوجب الحد وفي الغريبين **وقيل** الصرف النافلة والعدل الفريضة وفي المبسوط الاموال ثلثة انواع منها ما هو ثمن في العقد على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء او لا وسواء كان ما يقابلها من جنسها او من غير جنسها ومنها ما هو مبيع على كل حال

وهو ما ليس من الامثال من العروض كالثياب والدواب والمماليك ومنها ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعة وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء او قابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا وقال تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وقال الفراء في معناه الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فلهذا قلنا انه لا يتعين بالتعيين خلافا للشافعي ومالك واحمد فان عندهم يتعين الذهب والفضة بالتعيين حتى لو تلفت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها وكانت ثمنا على كل حال وفي الكافي زاد نوعا آخر فقال منها ما صارت اثمانا بالاصطلاح وهي سلعة في الاصل فان كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس **قوله** باع فضة بفضة الى اخره المماثلة شرط في جميع اموال الربوية عند العقد علما ووجودا الا وجود الاغير باجماع الائمة الاربعة حتى لو اشترى مجازفة بمكيل مجازفة لا يجوز وان كانا متساويين في الواقع فلو كيلا في مجلس العقد وكانا متساويين يجوز وعن ابي حنيفة لا يجوز وبعد الافتراق لو كيلا وكانا متساويين لا يجوز وعند زفر يجوز لان ما هو شرط الجواز وهو المماثلة قد تبين انه كان موجودا وقت العقد وعندنا شرط جواز العقد العلم بالمساواة عند العقد او في مجلس العقد استحسانا لانه اذا لم يعلم كان الفضل معدوما موهوما وما هو موهوم يجعل كالموجود فيما بني امره على الاحتياط كما هو في العقوبات فانها تندرئ بالشبهات ولان باب الربوا مبني على الاحتياط فالفضل الموهوم كالمحقق ولهذا لو باع حنطة بحنطة وزنا بوزن لا يجوز لانهما وان كان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والمساواة في الوزن لا تعلم المماثلة في الكيل كذا في المبسوط وكذا في القسمة اذا اقتسما مجازفة لم يجز الا اذا علم تساويهما لان القسمة بمنزلة البيع كذا في شرح الطحاوي وانتصاب مثلا ووزنا ويدا في الحديث على الحال والعامل فيها ما تضمنه الجار والمجرور من معنى الفعل وهو بيعوا على تقدير نصب الذهب وعلى تقدير رفعه بانها مقام المضاف اليه وقد ذكرناه في البيوع اي في باب الربوا و قوله مثلا بمثل من حيث القدر فان **قيل** كان قوله وزنا بوزن تكرارا **قيل** في جوابه قوله وزنا بوزن تفسير لقوله كيلا بكيل او مثلا بمثل لان المثلية تكون من حيث القدر وغيره **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اي باجماع العلماء وفي المبسوط وكان ينبغي ان يشترط التقابض مقرونا بالعقد الا ان حالة المجلس تقام مقام حالة العقد شرعا تيسيرا وفي فوائد القدوري المراد بالقبض ههنا القبض بالبراجم لا بالتخلية وهذا القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا ان شرط انعقاده صحيحا يدل عليه قوله فان افترقا بطل العقد والشيء انما يبطل بعد وجوده **قوله** لا يستنظر يخاطب به احد عاقدي الصرف يعني ان سالك صاحبك ان يدخل منه باخراج بدل الصرف فلا تمهله **قوله** ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة **فان قيل** يشكل على هذا التعليل ما اذا باع المصوغ بالمضروب فان المصوغ مما يتعين بالتعيين ومع ذلك يشترط قبضهما اذ النسيئة بالنسيئة انما تكون باعتبار عدم التعيين **قلنا** المصوغ وان كان يتعين لكن فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في باب الربوا **فان قيل** على هذا التقدير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لان في بيعهما شبهة الفضل لانه لما قبض احد البدلين دون الآخر كان بيع النقد بالكالي وفيه شبهة فضل النقد على النسيئة ثم لو باعهما نسيئة والمصوغ في نفسه مما يتعين بالتعيين لكن بالنظر الى اصله بان خلق ثمنا شبهة عدم التعيين كانت فيه شبهة زائدة على

تلك الشبهة التي هي شبهة فضل النقد على النسيئة فكانت شبهة الشبهة وهي غير معتبرة • **قلنا** عدم
الجواز في بيع المضروب نسيئة بعين النص لقوله عليه السلام يدا بيد لان فيما نحن فيه جاءت الحرمة
نصا ذكره في المبسوط • وما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل
والورق بالورق مثلا بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز واني اخاف عليكم الرما
والرما هو الربوا وان استنظرك الى ان يدخل بيته فلا تنظره والاسم الذهب والفضة يتناول المصوغ
منهما ايضا • ثم اعلم ان المساواة في الوزن شرط في الاموال الربوية حتى لو باع اناء فضة باناء فضة متفاضلا
لا يجوز • **فان قيل** يشكل على هذا ما لو باع اناء مصوغا من نحاس باناء مصوغ منه متفاضلا يجوز
مع ان بيع النحاس بالنحاس متفاضلا لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وكذلك المتخذ من الصفر والشبه والحديد
باناء من جنسه متفاضلا يجوز • **قلنا** الفرق بينهما ان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها
فلا يتغير ذلك بالصنعة ولا يخرج من كونه موزونا بالعادة اذ العادة لا تعارض النص • اما في النحاس
وما اشبهه فصفة الوزن ثابتة بالعرف فيخرج من كونه موزونا بالعرف وبتعارف الناس بيع المصوغ
منه عددا كذا في المبسوط لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث اعتبار
للشبهة في الربوا اذ حرمة شبهة الربوا منصوص عليها بنهيه عليه السلام عن الربوا والريبة فيلحق
شبهة شبهة الربوا بشبهة الربوا وان كان الاصل ان يعتبر الشبهة دون النازل عنها كما بينا **قوله**
في جهة واحدة فبتدبقا لانهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالابدان وان
وثب عن سطح اول الحديث ما ذكره في المبسوط • فقال وعن ابي جبلة قال سالت عبد الله بن عمر
فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة افنبتاع
ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب
ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب عن سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر عن قوله في جواز التفاضل
كما هو مذهب ابن عباس وكذا قال ابو نضرة ان ابن عمر رجع عنه وقال امن جرانا الصهبا فسالت ابن عباس
عن الصرف فقال لا خير فيه فيه دليل على ان رجوع ابن عباس ايضا عن فتواه بجواز التفاضل وانه
لا قيمة للجودة في النقود وان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه فلا باس ان يبين للسائل الطريق الذي
يحصل مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل اقتداء بالنبي عليه
السلام حيث قال لعامل خيبر هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك هذا التمر وفيه دليل على
ان القليل من الفضل والكثير في كونه ربوا الظاهر قوله عليه السلام والفضل ربوا وفيه دليل ان
التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد
فانه قال وان وثب من السطح فثب معه • **قوله** بخلاف خيار المخيرة فان قيامها عن المجلس قبل
قبل الخيار نفيها دليل الاعراض ولا يشترط فيه الافتراق بالابدان حتى لو قاما عن ذلك المجلس ماشيان
اختيار نفسها دليل الاعراض ولا يشترط فيه معا في جهة واحدة تخرج الامر من يدها • وعن محمد
في رواية انه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال يبطل بما هو دليل الاعراض كالقيام عن المجلس
كذا في الذخيرة • وفي المجتبى الافتراق في الصرف والسلم يفارق الافتراق في الايجاب والقبول
والتحديثات وخيار المخيرة فان الاعراض او بالاشتغال بعمل آخر • ثم بعد مفارقة ولا كذلك ههنا
فان الافتراق بالابدان هو المراد ههنا دون المكان حتى قال في الكامل والمحيط لو قاما فذهبا معا
وناما او اغمي عليهما او طال قعودهما لا يبطل • ولا فرق بين ان يتصارفا ماشيين او في المجلس ثم قبضا
او كانا فيه فقبضا • وعن محمد لو قاما او احدهما فهو فرقة وان ناما جالسين فلا او عنه القعود الطول

فرقه

فرقه دون اليسير • ولو كان لرجل على آخر الف وله على الرجل مائة دينار فارسل اليه رسولا وقال
بعني الدنانير التي عليك بالدراهم التي لك علي فقال قبلت كان باطلا • وكذا لو نادى احدهما
صاحبه وراء جدار او من بعيد لانهما متفرقان • وعن محمد لو قال الاب اشهدوا اني اشتريت
هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة ثم قام قبل نقدها بطل • ولو باع المكيل دينا بدين فهو فاسد
قبضا او لا لقوله عليه السلام يدا بيد في الحديث المعروف وكذا اذا كان ما وقع لفظ البيع
دينا والاخر عينا لنهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان • **قوله** الذهب بالورق ربا
اي حرام لان الربوا مستلزم للحرمة وها مقصور وممدود بمعنى هاء اي خذ • ومنه هاؤم اقرءوا
كتابيه • وفي بعض الروايات الا يدا بيد هاء وهاء وهو تاكيد لقوله يدا بيد كانه قال الا يدا بيد
مع التقابض كذا في المغرب • **قوله** فان افترقا الى آخره القبض شرط بقاء العقد على الصحة
ابتداء لا يفيد اللفظ كما ذكرنا • قال بعض المشايخ شرط لصحته ابتداء والاول اصح ويظهر
الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس بصرف عند ابي حنيفة ولا يفسد على
القول الاصح • ثم اعلم ان بين فساد عقد الصرف بسبب الافتراق قبل القبض وبين الفساد فيه
ابتداء بسبب ذكر الاجل وشرط الخيار فرقا على قول ابي حنيفة فانه اذا كان لرجل جارية وفي
عنقها طوق فضة ووزن الطوق مائة فباعهما بالف درهم حالة جاز البيع فيهما جميعا ويكون الطوق
بما فيه من الالف صرفا والجارية بتسعمائة بيعا • ولو افترقا من غير قبض من الجانبين بطل الصرف
وبيع الجارية صحيح وبمثله لو باعهما بالف الى اجل فالصرف باطل بالاجماع ويبطل بيع الجارية
ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما فابو حنيفة فرق بين المسئلتين فقال في الاولى لا يبطل في الجارية
لان العقد انعقد فيهما جميعا على الصحيح غير ان الصرف انما يبطل لفوات التقابض ولم يوجد نوجب
ذلك ابطال البيع في الجارية كما اذا اشترى عبدين بالف فاستحق احدهما • وفي الثانية انما يبطل
بيع الجارية لان عقد الصرف انعقد على الفساد فاوجب ذلك فساد بيع الجارية كما لو اشترى
عبدين فاذا احدهما حر كذا في شرح الطحاوي • ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه اي في الصرف كما ذكرنا
باحدهما اي بشرط الخيار • وبالثاني وهو الاجل الا اسقط الخيار ذكرا اسقاط الخيار دون الاجل لانه
لو سلم في المجلس من غير اسقاط الاجل يجوز لارتفاعه اي بسبب الفساد قبل تقرره تقرر الفساد •
وفي الكامل لو اسقط الاجل منزلة الاجل دون الاخر صح في المشهور • ولو تفرقا ولاحدهما خيار عيب
او رؤية او شرعا نصا لا يضر لانه يثبت حكما فلا يمنع الملك وليس في الدراهم وسائر الديون التي
يقع عليها العقد خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها وانما يقع بمثلها • وفي التبر والحلي والاواني
منهما خيار رؤية لانه ينتقض العقد برده في المجلس وبعده بخيار عيب او رؤية كسائر الاعيان
ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفا او ستوقة فحكمه في جميع ابوابه استبدال
او بطلان عقد كما ذكر في راس مال السلم في باب السلم • بها اي بالعشرة ثوبا من مشتري الدينار
حقا لله تعالى حتى لا يسقط باسقاط المتعاقدين • وفي تجويزه اي تجويز بيع الثوب فواته اي فوات حقه
لله تعالى • **فان قيل** القبض حقه تعالى • وفي تجويز بيع الثوب فوات حقه • وفي عدم تجويزه
فوات حق العبد • وحق العبد مقدم على حقه تعالى • **قلنا** انما يكون حق العبد مقدما بعدما
ثبت حقه تعالى • وههنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدما كما قيل عن زفر بان اشترى
ثوبا ولم يضف الى بدل الصرف فكذا اذا اضاف لان الدراهم والدنانير لا يتعينان وان كانت
موجودة مشارا اليها فكذلك اذا كانت دينا لانها لا يتعين بالتعيين اذا كان عينا لا يتعين بالتعيين

اذا كان دينًا فحينئذ الاطلاق والاضافة سواء الا انا نقول قبض بدل الصرف واجب بالسنة والا
يفوت القبض المستحق فكان شرط الابقاء الثمن من بدل الصرف شرطًا فاسدًا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به
والدين يتعين في حق القدر والوصف والاستحقاق فيما يرجع الى الاسقاط كذا في الفوائد الظهيرية
والجامع الصغير لقاضي خان • **قوله** لعدم الاولية يعني ان عقد الصرف بيع لانه مبادلة مال بمال
ولهذا لو حلف لا يبيع فصارف يحنث في يمينه • والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن وليس كل واحد من بدلي
الصرف بان يجعل مبيعًا اولى من الآخر فجعل كل واحد منهما ثمنًا من وجه مبيعًا من وجه ضرورة انعقاد
البيع وان كان كل واحد منهما ثمنًا خلقة واذا كان كذلك لو جاز الاستبدال به من حيث انه
ثمن لا يجوز من حيث انه مبيع فلا يجوز بالشك كذا في الذخيرة • **فان قيل** ينبغي ان يتعين الدراهم
في مسئلتنا بكونها ثمنًا لدخول الباء فيها والباء مخصوصة بدخولها في الاثمان • **قلنا** ذلك
في الاثمان الجعلية كالحنطة والشعير والحديد اذا كانت دينا • اما في بيع الصرف فكل واحد ثمن
ومثمن من وجه لتعينهما للثمنية خلقة • **فان قيل** لو جعلا كل واحد منهما مبيعًا لاشتراط قيام الملك
حالة العقد حتى لا يصير بايعًا ما ليس عنده • وبالاجماع لم يشترط قيامهما وقت البيع حتى لو تصارفا
وليس في ملك هذا دينار الا في ملك آخر دراهم ثم استقرضا وتقارضا في المجلس جاز والمسئلة في
الكتاب • **قلنا** انهما قبل العقد وحالة العقد ثمنًا من كل وجه وانما يعتبر مثمنًا من وجه دون العقد
ضرورة ان العقد لابد له من مثمن وهذا كما قيل في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمنًا لا يثبت قبل العقد
بوجه من الوجوه لانه مثمن في الاصل وانما يصير ثمنًا بسبب العقد ضرورة ان البيع لابد له من ثمن
فيعتبر كونه مثمنًا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويعتبر كونه ثمنًا
بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك احدهما بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمنًا من كل وجه كذا ههنا
واذا اعتبرت الثمنية من كل وجه قبل العقد لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد
بالمشار اليه • **فان قيل** لا يجوز الاستبدال قبل القبض في ثمن القلب عندكم مع ان ثمن القلب ثمن
من كل وجه اذ لا ضرورة الى جعلها ثمنًا من وجه لان القلب بمقابلتها مثمن من كل وجه فعلم ان حرمة
الاستبدال بدل القلب انما كان لا يمتنع للوجه الثاني لكن يمتنع للوجه الاول وهو ان الاستبدال
ببدل القلب لو صح يفوت قبض بدل القلب في الصرف كذا في الذخيرة • **قوله** وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز • **فان قيل** انما يكون هذا بيع المبيع قبل القبض اذا كان الثمن متعينًا في البيع الثاني وهو
الثوب ببدل الصرف وليس كذلك كما قال زفر • **قلنا** بيع المبيع قبل القبض حرام بالنص وشبهة كون
البدل مبيعًا متعينًا ثابت في البيع الثاني من حيث تقدير الثمن به وان لم يثبت كونه متعينا من حيث
الاستحقاق كما في الدراهم لو اشترى بها شيئًا بان اشار اليها ونقدها حرم الانتفاع بالمشتري فان
الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود لكن لما جعل بها تقدير الثمن واسقاط ما وجب في ذمته بها
قلنا حرمة الانتفاع بالمشتري اذ الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات **قوله** وليس من ضرورة
الى آخره جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو كان بدل الصرف مبيعًا يجب ان يكون متعينًا لان المبيع متعين
يقال ليس من ضرورته ذلك فان المسلم فيه مبيع ومع ذلك غير متعين • وفي المجتبى والكامل يجوز الرهن
ببدل الصرف والكفالة والحوالة والامر لآخر ينقده كما في راس السلم بيعه بجنسه مجازفة حيث لا يجوز
وان كانا متساويين في الواقع لما ذكرنا ان العلم بالتساوي حالة العقد شرط **قوله** لان قبض حصة
الطوق واجب في المجلس لانه بدل الصرف لانه ذكر في المحيط الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان
بعضها ببعض مفردًا او مجموعًا مع غيره يريد بقوله مجموعًا مع غيره ما اذا باع ثوبًا او ذهبًا بفضة فحصة

الذهب

الذهب صرف لانه لا يقابله ثمن • وفي الكافي قبض حصة الطوق واجب وقبض حصة الجارية
غير واجب والتسليم مطلق فيجعل النقد من حصة الطوق اذ لا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر •
من حال المسلم العاقل ان يؤدي الواجب ولا يخل به وهذا كما اذا ترك سجدة في الصلوة صلبية •
وسهى ايضا ثم اتى بسجدتي السهو في آخر وسلم نصرف احدهما الى الصلبية وان لم ينوهما ليكون الاتيان
بها على وجه الصحة • وكذا لو طاف للصدر ولم يطف للزيارة ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة
ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة والخروج عن العهدة من ثمنهما اي من ثمن الجارية ومن ثمن الطوق لان
امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن وقد امكن بما لان الاثنين قد يعبر عن الواحد مجازا عند قيام
الدليل وقد قام الدليل بما لان اداء ثمن الطوق واجب في المجلس قال تعالى يخرج منهما اي من البحرين •
العذب والملح والمراد احدهما اذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما ان العذب
والملح يلتقيان فيكون العذب كاللقاح للملح كما يقال الولد من الذكر والانثى مع انه تلده الانثى كذا
في التيسير • وقال عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمه اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما
وقال تعالى نسيا حوتهما والمراد صاحبه بدليل قوله فاني نسيت الحوت • وقال تعالى قد اجيبت
دعوتكما والداعي كان موسى عليه السلام • وفي المبسوط لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف
خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع • وفي الحلية لان الترجيح بالاستحقاق
عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة
والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول في بيان جهته **قوله** لا يتخلص الا بضرر يعني اذا لم يمكن
تسليمه الا بضرر لا يجب تسليمه على البايع كما لا يجب تسليم الجوهر على الغاصب اذا ركبه في حليه ولا يمكن
تخليصه الا بضرر يلحق الغاصب مع انه جان ولم يجن البايع • **فان قيل** ينبغي ان يجعل الحلية تبعا
للسيف • **قلنا** انما يجعل الشيء تبعا لغيره اذا كان مكملا للمعنى المقصود من الاصل وههنا المقصود
من الحلية غير المقصود من السيف • **فان قيل** ان البايع رضي بضرر التخليص حيث باعه مركبا مع علمه
ان البيع يقتضي التسليم ولم يوجد من الغاصب رضاء بضرر التخليص • **قلنا** لا نسلم ان رضيه لانه
باع كلاهما وظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق الانفراد ولانه بدلالة الرجوع عنه لو له البكر الا رضي
بالان شيء من حالة ثم بداله قبل الاتلاف ان لا يتلف فيكون له ذلك كالغاصب اذا رضي بالتخليص فلو رجع
عن ذلك لا يجب التخليص فكذا ههنا وبطل في الحلية • **فان قيل** فيه تفريق الصفقة فينبغي ان لا يجوز
في الكل • **قلنا** التفريق انما يكون بعد العقد والعقد لم ينعقد في الحلية لفقد شرط الجواز **فان قيل**
لا كذلك فان العقد موجود فيهما بدليل قوله وبطل العقد • **قيل** اختلف المشايخ فيه على ان التفريق انما
يكون ان لو كان هذا مضافا الى العاقد كما قال في النظاير ولم يوجد اذ المراد بالبطلان عدم الانعقاد في
الظاهر • **قوله** الفضة المفردة ازيد وفي المبسوط • فاما بيع الحلية مع السيف بالفضة فعلى اربعة
اوجه ان كان يعلم ان فضة الحلية اكثر فهو فاسد • وكذلك ان كانت فضتها مع النقد في الوزن لان
الجفن والحمائل يكون فضلا خاليا عن العوض اذ مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالاجزاء وان كان
يعلم ان الفضة في الحلية اقل جاز العقد على ان يجعل المثل بالمثل والباقي بازاء الجفن والحمائل عندنا خلافا
للشافعي فان عنده لا يجوز بيع بعضه ببعض في مال الربوا على احد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة
كذا في الحلية وكذا لا يجوز عنده بيع الفضة البيضاء بالسوداء ومع البيضاء ذهب او فلوس او عرض
لان الانقسام على مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء اكثر من وزنها الفضة السوداء • وكذا لا يجوز
عنده بيع المحلى بالذهب والفضة بجنسها لحديث فضالة بن عبيد الله قال اصبت قلادة يوم خيبر •

فيه خرز وذهب فبعتها باثني عشر دينارًا فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عنه فقال لا حتى يفصل ولانه
عندنا اذا كان لا يعلم ايهما اكثر وزنا او يعلم ان الذهب في القلادة اكثر من المنفصل او مثله • وفي هذه
الوجوه لا ينعقد العقد عندنا لانه لا يدري ايهما اقل فالعقد فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة
عند العقد وتوهم الفضل • وعند زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي فما لم يعلم به يكون
العقد محكوما بجوازه • وجوابه ما ذكر في المتن من وجهين • الوجهان المساواة والنقصان كما ذكرنا وجهة
الجواز واحد وهو ما اذا كان يدعي لا يدري اكثر من الحلية في السيف فرجحنا جهة الفساد **فان**
قيل قد ذكر في الاصول ان الترجيح بكثرة العلة لا يجوز وههنا كذلك لان كل واحد من الجهتين
علة تامة لعدم الجواز فلا يصلح للترجيح • **قلنا** مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم بعدم الجواز
فما ظنك اذا كانت جهة الفساد اكثر كذا نقل عن العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله **قوله**
والفساد طارئ لان العقد انعقد صحيحا • ثم فسد لعدم القبض الاصح فلا يشيع اي الفساد كما اذا باع
عبدين وماتا احدهما قبل القبض فان البيع يبقى في الباقي ويبطل في الهالك ولا يثبت الخيار للمشتري
بفعله وهو عدم النقد في بدل الصرف بخلاف المسئلة الثانية فان الفساد لا بفعله ولان الاستحقاق
لان الشركة في الاناء عيب لانها تنقص بالتبعيض والاناء ينقص بالتبعيض بخلاف ما مر لان الشركة
فيه وقعت بصنعه • وقال زفر والشافعي لا يجوز وبقولهما قال احمد • وقولهما القياس ومعنى مسئلة
مد عجوة ودرهم بمدي عجوة ودرهم **قوله** ومن قضية المقابلة على تاويل التقابل الانقسام على
الشيوع لا على التعيين الا ترى ان من اشترى جارية وعبدا بفرس وثوب فاستحق العبد رجع بقيمة العبد
من الفرس والثوب جميعا ولولا ان قضية المقابلة الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا
وذكر في الايضاح ومعنى الشيوع وهو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الاخر وفي مذهبهما
محاطي لانه قابل الجملة بالجملة والجملتان مختلفتان فينبغي ان يجوز عندهما ايضا • ويمكن ان يجاب عن قولهما
بانه لا يجوز ذلك البيع لافضائه الى المنازعة عند الفسخ اذا استحق احد العوضين لانه لا يدري كم بقي الثاني في
اي باي شيء بقي الباقي وفيه نوع تامل • وفي شرح الوجيز المماثلة فيهما بالتقويم والتقويم تخمين وقد
يكون صوابا وقد لا يكون • والمماثلة المعتبرة في الربوا هي المماثلة الحقيقية واعترض امام الحرمين عليه
بان العقد لا يقتضي توزيعه متصلا بل مقتضاه مقابلة الجملة بالجملة ومقابلة الجزء الشائع مما في احد
الشقين بمثله مما في الشق الاخر ولا ضرورة الى تكلف توزيع يودي الى التفاضل والمعتمد عندي في التعليل انا
تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وههنا لم يتحقق فيفسد العقد • قال صاحب الوجيز فللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة
فيما اذا تمحضت مقابلة شيء منها بجنسه ام على الاطلاق • **فان قلت** الثاني فممنوع • **وان قلت**
الاول فمسلم لكنه ليس صورة المسئلة اشترى قلنا اي قلبا وزنه عشرة بعشرة وان امكن تصحيحه ان تصحيح
البيع تصرف الالف اليه اي الى المشتري لانه لو صرف الالف الى المشتري لا يكون شراء ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن بل يكون شراء ما باع بمثل ما باع ومع ذلك لا يصرف الالف لانه لو صرف يلزم تغيير تصرفه وهو
العقد وتصحيح كلامه على الوجه الذي باشره واجب وانما باشره على ان يكون الكل مباشرا بالكل لا على ان يكون
الفرد مقابلا بالفرد ولا يصرف اي الدراهم لما ذكرنا • وهو قوله ومن قضية الانقسام الشيوع ومن الانقسام
على الشيوع يلزم عدم الجواز لانا نعلم يقينا ان اجزاء الدينارين ودرهم اكثر من اجزاء الدرهمين ودينار
فلزم حقيقة الربوا او شبهته فلا يجوز ولانا لا نعلم كم جزء من هذا بكم جزء من الجانب الاخر وصار بمعنى بيع الموزون
بالموزون مجازفة وانه لا يجوز • **قلنا** ان المقابلة يعني العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل
بالكل ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه فاللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن

مع هذا يحتمل مقابلة الفرد بالفرد **قوله** وانه اي مقابلة الفرد على تاويل التقابل طريق متعين لتصحيحه
اي لتصحيح العقد بان يكون الواحد بالواحد والاثنين بالاثنين فيلزم منه صرف الشيء الى خلاف جنسه فيصح
الجنس فيصح العقد فيحمل عليه اي على مقابلة الفرد بالفرد على تاويل التفاضل اذ تصحيح كلام العاقل بعقبه
ديانته وعقله واجب ما امكن ولهذا حمل كلامه على المجاز في موضع لا يصح الا بالحمل عليه ويدرج في كلامه
زيادة لم يتلفظ بها في موضع لا يصح في موضع لا يصح الا بذلك الطريق وهذا • **قلنا** جميعا اذا باع بالف
درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج حمل مطلق كلامه عليه تصحيحا له وان كان فيه تقييد كلامه
ثم المصنف ادعى اولا مقابلة الفرد بالفرد نفيا لقول الخصم فانه يقول بالانقسام على الشيوع وعدم
احتمال العقد مقابلة الفرد بالفرد لتصحيح العقد • **فان قيل** لا نسلم ان طريق الصحة متعين فيما قلتم بل له
له آخر ايضا وهو ان يقابل درهم من الدرهمين بمقابلة درهم ودينار من الدينارين بمقابلة دينار ودينار
من الدينارين بمقابلة باق من الدرهمين • **قلنا** ما قلنا متعين للصحة لقلة وقوع التغيير وذلك لان فيما
ذكرت تغييرين وذلك صرف درهم الى دينار ودينارين الى درهمين وفيما ذكرت ثلاث تغييرات وفي
صرف درهم الى درهم ودينار الى الدينار ودرهم الى دينار فكان ما قلنا اولى • وفي الايضاح الاصل في هذا
الباب ان صفقة البيع اذا اشتملت على البدلين وجب قسمة احد البدلين على الاخر ونظهر الفائدة
في الرد والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فان كان العقد لا ربا
فيه فان كان مما لا ينفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت على القيمة • واما ما فيه الربوا فيجب
القسمة على الوجه الذي يصح به العقد وفي الذخيرة الاصل في الاموال الربوية صرف الجنس الى الجنس
في المبادلات اذا لم يكن فيه فساد المبادلة • اما لو كان فيه الفساد يصرف الى خلاف الجنس • وانما وجب
صرف الجنس الى الجنس بالنص وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث وتنوع من المعنى وهو انه
لو صرف الى خلاف الجنس استغنينا عنه فانه لا مزية لاحدهما على الاخر في المالية ولو كان فيه فساد العقد
يصرف الى خلاف الجنس اذ لا نص فيما فيه فساد فيطلب فيه دليل اخر وهو ظاهر العقل والديانة فان
ظاهر حال العاقل المتدين مباشرة الجائز لا الفاسد والجواز ههنا في الصرف الى خلاف الجنس وفيما
قلنا من مقابلة الفرد بالفرد يتغير وصفه اي وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع لما قلنا ان مقابلة
الجملة بالجملة يقتضي الانقسام على الشيوع وفيما قاله الخصم تغيير اصله اي اصل العقد لان اصل العقد
الصحيح يوجب الملك قبل القبض ويلزم تغيير اصل العقد لرعاية وصف العقد فكان ما قلنا اهون التغييرين
وكان اولى • ومن المبسوط لو صرف الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فان الجائز
مشروع باصله ووصفه • والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه • واذا لم يتحقق المعارضة فيتغير ما
هو مشروع من كل وجه لا ما هو مشروع من وجه لانه اي عقد المرابحة يصير تولية فان الربح لو صرف
الى الثوب خاصة كان بائعا القلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم وهو تولية في القلب والتولية
ضد المرابحة والشيء لا يتناول ضده ولو صرفنا المرابحة فيهما كما ذكر يفسد العقد لانه يصير ربا في
القلب فلذلك تعين البطلان والطريق اي طريق الجواز في المسئلة الثانية وهي ما اذا باع العبد قبل نقد
الثمن غير متعين يعني طريق الجواز فيها متعدد فانه كما يمكن تصحيح تصرفه بصرف الالف الى العبد المشترى
يمكن تصحيحه بصرف الالف وماية اليه فلا يكون سلوك بعض الطرق اولى من سلوك البعض • وفي
المبسوط واما مسئلة العبدين فقلنا معنى المعارضة يتحقق هناك فان جهات الجواز تكثر فانه لو جعل
بمقابلته من الثمن الاول جاز وكذا لو جعل بمقابلة اكثر من الثمن الاول بدرهم جاز او بدرهمين او بثلثة
دراهم فلكثرة جهات الجواز يجب المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وههنا لا وجه للجواز الا واحد

وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس • **فان قيل** ههنا جهات الجواز تكثر فانه اذا جعل الدراهم بمقابلة
الدينارين تجوز ولو جعل بنصف درهم بمقابلة نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار ونصف
دينار بمقابلة نصف دينار • والباقي بمقابلة درهم ونصف تجوز ايضا • **قلنا** نعم ولكن هذا
صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن ادعينا انه لا وجه للجواز الا بهذا الطريق فكيف ما يشتغل به لا يخرج
من ان يكون صرف الجنس طريقا متعينا في الجواز • وفي الكافي العقد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد
الوجوه ترجيح ولما ذكرنا رجحان لان العقد ورد على اسم الدراهم تجوز مع بقاء اسم الدراهم • وفيما ذكرتم
لم يبق • وهكذا نقل عن حاشية كتاب شيخ شيخي مولانا فخر الدين رحمهما الله • ومواى المنكر ليس بمحل
للبيع لجهالته والمعين ضده اي ضد المنكر فلا يتعين النكرة المعرفة عينا وفيه نوع تامل ويشكل
عليه مسئلة عبدي وحماري حر فان عند ابي حنيفة يعتق العبد لاستعارة المنكر المعرفة • **وقيل**
تصحيح العقد يجب في محل اضيف العقد اليه والعقد لم يضف الى المعين وفيه نوع تامل ايضا والاخرى
اي المسئلة الاخرى وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض العقد انعقد
صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد يجيء بعد الصحة بعارض الافتراق لا عن قبض وقد
ذكرنا ان القبض شرط بقاء العقد على الصحة وصرف الجنس الى خلافه لتصحيح العقد وهو صحيح بدونه وليس
كلامنا في الفساد الطاري فلا يرد علينا نقضا كذا في المبسوط والكافي • **فان قيل** يصرف الجنس الى خلافه
ليبقى صحيحا كما يصرف منا لينعقد صحيحا • **قلنا** الفساد ثم موهوم لجواز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق •
قوله فالظاهر انه اي البائع اراد به اي بالعقد ذلك اي كون العشرة بالعشرة حملا لامره على الصلاح
دائما اورد هذه المسئلة لما ان في المسئلة المتقدمة صرف كل الجنس الى خلاف الجنس وفي هذه صرف الجنس الى
الجنس وهو العشرة بالعشرة وصرف الجنس الى خلاف الجنس وهو الدينار بالدرهم وعند الشافعي لا يجوز هذا ايضا
قوله تبايعا فضة بفضة صورته ما اذا باع عشرة وثوبا بخمسة ذكر هذه المسئلة في الايضاح على الخلاف
فقال لما روي عن محمد انه اذا باع الدراهم بالدراهم وفي احدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل
فيه فلوس فان هو جائز في الحكم ولكن اكرهه حتى روي انه قيل لمحمد كيف تجد ذلك في قلبك فقال مثل الجبل •
وقال ابو حنيفة لا باس به لانه امكن تصحيحه بان يجعل الجنس بالجنس والزيادة بازاء الفلوس • وانما كره
محمد ذلك لانه اذا اجاز على الوجه الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز • وهكذا ذكر في المحيط ايضا
وان لم يبلغ كالجوزة وكف من زبيب • **وقيل** انما كره لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربوا كبيع العينة فانه
مكروه لهذا • **فان قيل** لو كان هذا مكروها ايضا ذهو عين هذه المسئلة • **قلنا** انما لم يذكر الكراهة
هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وفي
هذه الصورة لا كراهة وانما الكراهة فيما اذا لم تبلغ قيمة ذلك الشيء المضموم قيمة باقي الفضة • وعند الشافعي
لا يجوز الكل وجه قوله ما مر من حديث فضالة الا اعتبار بانقسام العوضين على القيمة لتحقق الربوا وهو
الفضل الخالي عن العوض في الطرف الآخر • **قوله** ومن له على آخر الى آخره هذه المسئلة على وجهين
اما ان باع الدينار بالعشرة التي عليه او باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصا
بالعشرة فالاول جائز بلا خلاف لما يجيء • والثاني جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر
والشافعي واجمعوا على انهما ما لم يتقاصا لا تقع المقاصة • وفي الكافي بيانه لانه فصول الاول هو ما اذا
اضيف العقد الى الدين فانه يصح اجماعا وجب بالعقد ثم لا يجب تعيينه ولا يجب به قبض معين وذلك صحيح
لان تعين احد العوضين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للتفادي عن الربوا ولا ربوا في
دين يسقط وانما الربوا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوي عليه فيسلم المقبوض عن التوى والآخر على
خطر التوى

على خطر التوى فيتحقق الفضل فلهذا حرم بيع الدين ولو تصارفا دراهم بدينار دين صح لفوات الخطر في
دين ثابت قبل البيع يسقط بالبيع • والثاني ما اذا اطلق البيع فانه وجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه
بالقبض المعين احترازا عن الربوا والدين ليس بهذه الصفة لانه يسقط والواجب بالعقد لا يسقط
بل يجب تعيينه فلهذا لم تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فلو تقاصا صح استحسانا ولا يجوز
قياسا وهو قول زفر • والثالث هو ما اذا احدث دين بعد الصرف وفي الكافي الكل مذكور •
قوله اذا باع بعشرة مطلقة بان لم يقيده بالعشرة التي عليها فقيد به لانه لو اضاف العقد
الى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف وفي المطلقة جائز عندنا استحسانا وعند زفر لا يجوز قياسا
وجه القياس ان هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف فلا يجوز كما لو اخذ ببدل
الصرف عرضا او دينا ونقول لو صح القصاص ههنا لا يخلو اما ان يصير قصاصا مع بقاء الصرف الاول او
مع بقائه يكون بانفساخه لا وجه للاول لان القصاص حينئذ يكون استبدالا ببدل الصرف للاستيفاء لان
علامة الاستيفاء قبض عين مضمون من جنس بدل الصرف للاستيفاء فان علامة الاستيفاء قبض عين
مضمون من جنس بدل الصرف ولا وجه للثاني وهو ان احدهما ان ذلك بطريق الاقتداء وزفر لا يقول
به • والثاني ان كونه قصاصا ينفي تقدم الانفساخ والانعقاد لا يتحقق القصاص لاقتضاء القصاص
الى سبق الايجاب • وجه الاستحسان انهما لما قدما على المقاصة ولا صحة للمقاصة مع بقاء عقد الصرف
كما قاله زفر فينفسخ بيع الدينار بالعشرة يبقى بيعا للدينار بالعشرة التي عليه فيصير صرفا بدين
سابق وجوبه وذلك جائز لحديث ابن عمر انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني اكري ابلا
بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها الدنانير • او قال بالدنانير واخذ مكانها الدراهم فقال
عليه السلام لا باس به اذا افترقتما وليس بينكما عمل اي تفرق وهذا وجه اختاره مشايخنا العراقيون وقال
مشايخنا هذا غير سديد لانه لو انفسخ الصرف الاول يجب على مشتري الدينار رد الدينار على البائع
حكم الاقالة لان اقالة الصرف لها حكم الصرف ولهذا لو جعل بدل الصرف قصاصا بدين تاخر وجوبه
بعقد باشره بعد الصرف في المجلس لا يجوز ولو امكن تصحيح المقاصة بالدين المتاخر في مسئلتنا بانفساخ
العقد الاول وتجديد العقد كما قال مشايخ العراق امكن تصحيح المقاصة ويصير المتاخر بمنزلة المتقدم
والوجه الصحيح انهما لما قدما على المقاصة وجب تصحيحها ما امكن وامكن تصحيح المقاصة بان يجعل العقد
المضاف الى الدراهم المطلقة مضافا الى الدراهم الواجبة قبل الصرف فيكون تغير الصرف العقد مع بقاء
اصل العقد كما قلنا في الزيادة على الثمن بخلاف ما اذا جعله قصاصا بدين متاخر بان باع في مجلس
الصرف من بائع الدينار ثوبا بعشرة دراهم وجعل ثمن الثوب قصاصا ببدل الصرف ففي رواية ابي
سليمان يجوز وفيه ما ذكرنا لمشايخ العراق • وفي رواية ابي حفص لا يجوز وهو الصحيح فعلى هذه الرواية
يحتاج الى الدين المتقدم وبين المتاخر والفرق ان العقد اذا لم يتغير تصحيحا للمقاصة بالدين المتقدم يصير كانهما
باشرا العقد في الابتداء الى دين سبق وجوده وذلك جائز في الدين المتاخر الى ما يحدث وذلك باطل لو نص
عليه وبخلاف ما لو جعلا رأس مال السلم قصاصا بدين سبق وجوبه حيث لا يصح لان المسلم فيه دين ولو صحت
المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين بدين وذلك حرام بالنص • اما ههنا احد العوضين وهو الدينار
مقبوض فلو صحت المقاصة يصير افتراقا عن عين بدين وهو غير منهي كذا في الجامع الصغير لقاضي خان
والفوائد الظهيرية • **قوله** لما ذكرنا وهو قوله لا بد من قبض العوضين قبل الافتراق • ليس بهذه الصفة
ان لا يجب تعيينه بالقبض قبل الافتراق • **قوله** لعدم المجانسة اي بين بدل الصرف والدين بان بدل
الصرف والدين فان بدل الصرف يجب ان يكون متعينا بالقبض لما روينا من الحديث وهذا دين سبق •

وجوابه ينبغي ان لا تجوز وان تقاصا كما في السلم فانه لا تجوز بالدين السابق ولكن فيما نحن فيه تجوز لما ذكرنا
في الكتاب وهو قوله يتضمن ذلك اي المقاصة فسخ الاول وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة والاضافة بالنصب
عطف على فسخ اي يتضمن الاضافة اي اضافة العقد الى الدين فصار كانه قال اشتريت منك هذا الدينار
بالعشرة التي لك علي وقبل الآخر يعني عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كانهما فسخا الاول ثم جددا
العقد مضافا الى ذلك الدين وفي المبسوط لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين
ولو اضافا العقد اليه في الابتداء لانهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا وما لا يتوصل
الى المقصود الا به يكون مقصودا لكل واحد منهما ولهذا اشترطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا وان كان في
سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي لان هذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قد تم بهما والتصرف فيه
بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضي العقد فيهما يملكان استدامته ورفعه فيملكان التصرف فيه
بطريق التحويل من محل الى محل وهذا خير مما يقوله العراقيون لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لان الاقالة تصير
رد المقبوض مستحقا في المجلس الا ترى انه لا يجوز القصاص بدين متاخر عن العقد في ظاهر الرواية ولو كان
بطريق فسخ الاول لجاز فان الدين المتاخر والمتقدم في ذلك سواء وانما الفرق بينهما على الطريق الاول
فانهما يملكان تحويله الى ما كان يصح منهما اضافة العقد اليه في الابتداء وذلك في الدين المتقدم دون
وقد اشار في الزيادات ان المقاصة تقع بالمتاخر ايضا ولكن المعتمد هو الاول الكل من المبسوط وما ذكر في
الكتاب يحتمل الوجهين • **فان قيل** في فسخ العقد الاول والاضافة الى الدين يلزم الدور فيجب ان لا
يثبت واحد من المقاصة والمقتضي وهو الفسخ وذلك ان المقاصة انما صحت اذا كان وجوب بدل
الصرف قائما فاذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة والمقتضي انما يكون لتصحيح المقتضى •
فيبطل المقتضي هاهنا وهو المقاصة عند تحقق المقتضي • وهو الفسخ اذ المقاصة تقتضي قيام وجوب دين
الصرف فكيف يثبت الفسخ • **قلنا** انما تبطل المقاصة عند فسخ الاول اذا لم يتجدد عقد جديد
وهاهنا قد جدد العقد كما ذكرنا • **فان قيل** فسخ الصرف ضمنا ينبغي ان يشترط القبض لان الاقالة
بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا في حقه • **قلنا** صارت الاقالة هاهنا في ضمن المقاصة
فجاز ان لا يثبت حكم البيع لتلك الاقالة بل يثبت حكم البيع اذا كانت الاقالة قصدا ويكون الاستبدال
الصرف من حيث ان الدين لا يجب تعيينه بالقبض قبل الافتراق وبدل الدينار يقتضي بدلا يجب تعيينه بالقبض
قبل الافتراق فيكون الاستبدال من حيث الوصف • وفي المبسوط مشتري الدراهم يملك مكان بدل الصرف
وهو متمم من وجه فكان استبدالا وانه لا يجوز • وفي الاضافة الى الدين اي الدين الذي عليه وهو
العشرة التي عليه تقع المقاصة بنفس العقد • **فان قيل** ينبغي ان لا يقع لانه يكون بيع العين بالدين
وبيع العين بالدين لا يصح في الصرف لاشتراط قبض البدلين ولهذا لا يجوز الافتراق بعد قبض احدهما
قبل الآخر • **قلنا** ان تعيين احد العوضين في الصرف انما اشترط للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين
الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما ذلك في دين يقع الخطر في عاقبته ولهذا لا يصح بيع
الدين بالدين ولو تصارفا دراهم دينا بدينار دين يصح لما • **قلنا** من فوت معنى الخطر كذا في جامع
البزدوي لانه اي زفر لا يقول بالاقتضاء • **فان قيل** يشكل عليه التسري بان قال ان تسريتك فان
فان الملك يثبت عنده فيه بطريق الاقتضاء • **قلنا** لا نسلم انه يثبت بطريق الاقتضاء بل يثبت
بطريق الدلالة • وهذا اي ما ذكرنا من التقاص والفسخ والاضافة الى الدين اذا كان الدين سابقا
اي على العقد • فان كان اي العقد لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة ثم باع مشتري الدينار من البائع
ثوبا بعشرة لا تقع المقاصة بنفس العقد لان في المتقدم لا يقع ففي المتاخر اولى ولذا لو تقاصا في

في رواية ق ل شمس الائمة لا تجوز المقاصة لسنا لان الدين لاحق • والنبي عليه السلام جوز المقاصة في
دين سابق بل عقد الصرف لما ذكرنا من حديث ابن عمر • وفي رواية تقع المقاصة وهو رواية ابي سليمان
وهو الاصح واختاره صاحب الكتاب وفخر الاسلام واختار شمس الائمة وقاضيخان عدم الصحة وهو
رواية ابي حفص لتضمنه اي لتضمنه التقابض فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر لانهما لما تقاصا
صار كانهما جددا عقدا جديدا وكان الدين سابقا على المقاصة وهو قوله والاضافة اي اضافة عقد
الصرف الى دين قائم اي ثابت وقت تحويل العقد التقابض يتضمن فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر
وكان صرفا بدين مستحق وجوبه ومن احكم ما بيننا يتضح له ما ذكر في الزيادات في نظيره • **قوله**
بيع درهمين صحيحين الى آخره • وعند الشافعي لا تجوز هذا ايضا لما ذكرنا في مسئلة درهمين ودينارا
ما يرده بيت المال اي لا ربا فيهما بل لكونها قطعا • وفي المغرب الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في
القطعة منها قيراط وطسوج او حبة كذا عن ابي يوسف حتى قال في الايضاح يكره ان يقرضه غلة ليرده
عليه صحيحا • وللشافعي ان البدل يختلف فانقسم عوضه على قيمته وصار حصة الغلة اقل من وزنها
فلا تجوز واصله مطرد فيما يكون البدلان من مال الربوا ولكن تبينهما مخالفة • ووجهه اي وجه جواز
هذا البيع تحقق المساواة في الوزن حاصلة والجودة ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس فلم تكن المقابلة
بالقيمة • وقوله وما عرف عطف على قوله تحقق المساواة اي الذي عرف من اعتبار سقوط الجودة بقوله
عليه السلام جيدها ورديها سواء يعني لوجود علة الجواز وهي تحقق المساواة في الوزن وسقوط اعتبار
الجودة لا يتفاوت الحكم بين الصحيح والعلة باعتبار القيمة كما ذكره الخصم **قوله** واذا كان الغالب الى
آخره • قال الشافعي لا يجوز بيع دراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالبا او النقرة وجوز
ان يشتري بها سلعة في احد الوجهين كذا في الحلية ووجهه ما مر من اعتبار انقسام العوضين بالقيمة
انهما اي بالدراهم الغالب فيه الفضة والدينار الغالب فيه الذهب الا وزنا اي لا عددا كما في الفلوس •
لانها صارت مستهلكة • اما اذا كانت تخلص من الغش وليست مستهلكة فتعتبر • وفي الايضاح فاما اذا
كان الغش غالبا ان الفضة اذا كانت تخلص من النحاس في الفلوس وبقي النحاس على حاله فاشتراها
باقل مما فيها من الفضة لم يجز حتى تكون الفضة الخالصة اكثر مما فيها لتكون الفضة بالفضة والزيادة
بازاء النحاس لانه اذا امكن تمييز احدهما عن الآخر وبقي كل واحد منهما بحاله لم يصر احدهما مستهلكا
فصار جامعا بين الشيئين في العقد وان كان لا يخلص ويحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله والفضة
مستهلكة فلا يعتبر بها وان كانت الفضة السوداء تخلص منها النحاس لا بد ان تكون الفضة ايضا فيه
اكثر وان كان النحاس يحترق وهي فضة يعتبر المماثلة • وبيع البهرجة والزيوف بالجياد لا تجوز الا مثلا
بمثل لان الغالب عليهما الفضة والستوق وما كان فيه الصفر او النحاس غالبا فاذا باع الستوقة بالجياد
لم يجز الا على طريق الاعتبار وهو ان يكون الجياد اكثر فتكون الفضة بمثلها والزيادة بازاء النحاس • وانما
اعتبر بالفضة التي في الستوق لانها تخلص وتميز كل واحد عن الآخر • وقوله ويعتبر فيهما • وفي
بعض النسخ ويعتبر فيهما وعلى التقديرين الضمير يرجع الى الدراهم والدنانير • **قوله** فان اشترى بها اي
بالدراهم التي غلب عليها الغش على الوجوه التي ذكرنا في حلية السيف يعني ان كانت الفضة الخالصة
مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري لا يصح • وان كانت اكثر يصح • وان بيعت
اي المغشوشة بجنسها اي بالدراهم المغشوشة وخلاف الشافعي يأتي في الكل • **قوله** ولكنه صرف جواب
اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس اي
الفضة الى الصفر لم يبق صرفا فكيف يشترط التقابض فقال في جوابه قد وجدت الفضة من الجانبين •

والاصل في المقابلة المطلقة الشيوع وكان صرفا بالنظر الى ذلك ولكن صرفنا الجنس الى خلافه ضرورة تصحيح
العقد فلا يظهر فيما عداه فيبقى صرفا بالنظر الى ذلك ولكن صرفنا الجنس الى على الاعتبار حالة بقاء الجنس
اذ لا ضرورة في حالة البقاء اذ حاجتنا في نفي المفسد المقارن بجواز ذلك اي بجواز التفاضل الغطارفة
الدراهم الغطريفية منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد كذا في المغرب •
وقيل هو خال هرون الرشيد • فان قيل يشكل هذا بقوله • ويجوز بيع فلس بفلسين قال
رحمه الله يجوز ان يكون فتوى مشايخنا على قول محمد فان عنده لا يجوز بيع فلس بفلسين بحالها يقبلها اي
الدراهم المغشوشة البعض في بعض الناس بحالها اي بحال الدراهم الزيفة بانها زيفة • وفي الكافي •
والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض في العرف كغالب الغش • قوله اشترى بها اي بالدراهم
المغشوشة فترك الناس المعاملة بها اي قبل قبضها بطل البيع عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي واحمد لا يبطل البيع لكن عند ابي يوسف ومحمد تجب القيمة • وعند الشافعي ذلك الكاسد لانه
مال • وفي وجه عند الشافعي يخير البائع ان شاء اجاز البيع بذلك وان شاء فسخه لتعيبه • وعند احمد يجب
النقد الجديد بالقيمة • ثم قيل انما يبطل البيع عند ابي حنيفة اذا ترك الناس المعاملة بها في كل
البلاد ذكره في عيون المسائل لانها حينئذ تصير هالكا فيبقى البيع بلا ثمن • اما اذا كانت لا تروج في بعض
البلاد وتروج في بعضها لا يفسد البيع لانها لم تهلك ولكن تعيبت فكان البائع بالخيار ان شاء اخذ مثل
النقد وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير • قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد
واما على قولهما فلا • وينبغي ان ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين
عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل والكساد يجب
ان يكون على هذا القياس ايضا • وفي القدوري اذا اشترى بالفلوس وكسدت قبل العقد فسد البيع عند
ابي حنيفة وعندهما لا يفسد وكذا في الذخيرة وجامع المحبوبي ثم اذا فسد البيع بالكساد يجب ان يكون على
هذا القياس ايضا او بالانقطاع فان لم يكن البيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا فان كان مقبوضا
ان كان قائما رده على البائع • وان كان مستهلكا او هالكا رجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثليا
هذا اذا كسدت الدراهم او الفلوس اما اذا غلت بان ازدادت قيمتها او رخصت فالبيع على حاله
ويطالبه بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد
هو الجواب في الانقطاع حتى لو انقطعت الدراهم من ايدي الناس فسد البيع عند ابي حنيفة • لهما اي
لابي يوسف ومحمد والشافعي ان العقد قد صح اي بالاجماع لوجود مبادلة المال بالمال الا انه اي الا ان
الشان تعذر التسليم اي تسليم الثمن وهو المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية • ويجوز ان يكون الضمير في
الا انه للمشتري الثمن تعذر تسليمه بالكساد وانه اي تعذر التسليم او الكساد لا يوجب الفساد لانه
صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج فصار كما لو اشترى الى اجل فانقطع اي في اوانه
بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل البيع بالاتفاق وتجب القيمة والانتظار الى زمان الرطب في السنة الثانية
فكذا هذا لانه اي الثمن مضمون به اي بالبيع فكان كالمغصوب تعتبر قيمته يوم الغصب • لانه مضمون
وعليه الفتوى فانه ذكر في الذخيرة وعليه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول ابي يوسف الاخير وعليه
الفتوى لانه اي يوم الانقطاع او ان الانتقال يعني موجب العقد ورد ما انعقد به العقد والانتقال الى
القيمة بالانتقال بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع • وفي المحيط والتتمة والحقائق وبقول
محمد يفتى رفقا بالناس • يهلك بالفساد وهذا لان مالية الثمن تخالف مالية المثمن من حيث ان
ينتفع بعينه من الانتفاعات ومالية الثمن من حيث انه قيمة الاشياء ويتوصل به الى الاعيان ولكن لا

ينتفع بعينه لانه حجر في نفسه ومالية الفلوس والدراهم الغالب غشها الغش بالرواج وذلك بالاصطلاح
يكون فاذا كسدت ذهبت الثمنية فهلكت المالية كمالية العبد لما كانت بالحياة فاذا ذهبت الحياة
ذهبت المالية بخلاف النقدين فان ثمنيتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كذا في منتخب الاسرار • وما بقي لم يبق
الاصطلاح على الثمنية فيبطل البيع • وفي جامع قاضي خان بالكساد خرجت عن الثمنية وعادت مبيعة
في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم • واما الجواب عن البيع الى الرطب ان الرطب مرجو الوصول
في العام الثاني غالبا فلم يهلك من كل وجه فلم يبطل الثمن اصلا • وفي الدراهم المغشوشة بعد
الكساد لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلي فالشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه
قوله ويجوز البيع بالفلوس اي بالاجماع وان لم يتعين حتى لو اشترى بالفلوس المعينة فهلكت قبل
التسليم لا يبطل العقد ولو استبدل بها جاز كالدراهم والدنانير عندنا اما لو باع فلسا بفلسين
فلو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية وصفا بالاصطلاح
الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون ذكره في المبسوط وقد مرت المسألة في باب الربوا • قوله
ثم كسدت افاد الكساد لانها اذا غلت او رخصت كان رد المثل بالاتفاق وفي شرح الطحاوي وغيره
مقدم بذلك وانما يتغير رغبات الناس فيها وذلك غير معتبر كما في البيع كذا في
المبسوط وهو نظير الذي اي الاصل الذي بيناه في الدراهم المغشوشة ولو استقرض فكسدت وفائدة
قيد الكساد ما ذكرنا ويرد عينها ان كانت قائمة وان كانت هالكة فعليه رد مثلها عند ابي حنيفة لانه
اي الاستقراض اعارة وموجبه اي موجب عقد الاعارة رد العين معنى وذا بالمثل • فصل
فيه اي في القرض فان صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من
ان يكون مثليا • ولهذا صح استقراضه بعد الكساد • وفي شرح المجمع الاقراض لا ينعقد لايجاب المثل في
الذمة لانه حينئذ يكون صرفا ولم يقبض عوضه قبل الافتراق فيكون فاسدا لكن انعقد لتمليك
المنفعة الآن تمليك المنفعة لا يمكن مع بقاء عينها فيثبت الملك للمستقرض ضرورة الانتفاع بها ثم وجب
رد المثل فيكون العين مردودة حكما لان الحكم اداء المثل المثليات في اداء عينه حكما ولهذا اجبر المغصوب
منه على قبض القيمة في المثلي والوصف لا يراعى في العين لصحة الرد كما لو استعار زمانا فتراجعت قيمته
بالسعر لم يمنع صحة الرد بخلاف الدين اذ المخرج له عن العهدة رد المثل وانما يكون مثلا بوصفه الذي عرف
ثبوته في الذمة فافترقا اذا القرض لا عبرة به اي بمعنى المنية لما ذكرنا من صحة الاستقراض بعد الكساد •
وصحة استقراض المكيل والعددي المتقارب وهي لا تكون ثمنا بعد الكساد لان الثمنية فيها بالاصطلاح
فاذ لم يكن مختصا بالثمن بل عاما من ذوات الامثال وبطلان الثمنية لا تخرج عن كونه مثليا فاذا بقي
كونه مثليا وجب رد مثله فاعطى رد المثل حكم العين لما ذكرنا • قوله تعذر رده كما قبض اذ المقبوض
فلوس هي ثمن وقد بطلت صفة الثمنية بالكساد يعني ان الواجب في الذمة وهو المثل في المثلي والفلوس
مثلي ولكن بصفة الثمنية لانه اخذها بهذا الوصف والاوصاف معتبرة في الديون لان تعريفها بالاوصاف
وبالكساد تعذر رده بوصفها فتجب القيمة بخلاف ما اذا كانت قائمة حيث يرد مثلها دون القيمة لان الوصف
في الاعيان المشار اليها لغو لكونها معروفة بذواتها لا باوصافها فيتعلق الرد • واصل الاختلاف اي بين
ابي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يوم القبض او الكساد فرع الاختلاف في غصب المثلي اذا انقطع المثل
قوله وقوله محمد انظر اي للجانبين • وفي بعض النسخ انظر للجانبين جانب المقرض والمستقرض اما
جانب المقرض فبالنسبة الى قول ابي حنيفة لان في رد المثل اضرارا به • واما في حق المستقرض فلا اعتبار
قيمته يوم الكساد • وفي اعتبار قيمته يوم القبض اضرار به • وقول ابي يوسف ايسر اي للمفتي وفي بعض النسخ

ايسر للمفتي لان يوم الكساد قيمته غير مضبوطة ويوم القبض مضبوطه فباعتبار المضبوط ايسر
من اعتبار غير المضبوط ولان قيمته يوم الكساد لا يعرف الا بحرج اذ الناس يختلفون فيه اختلافا
كثيرا فلا يكون ايسر بخلاف يوم القرض لان قيمتها معلومة والناس لا يختلفون فيها • **قوله** ومن اشترى
بنصف درهم لانه لو قال بدرهم فلوس جاز وقيد بنصف درهم لانه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند
محمد على ما يجي وعليه اي على المشتري • وفي الاصح الدانق دانكي والقيراط ست حبات • **قوله**
لا بالدانق والدرهم يعني حلق العقد بالفلوس لا بالدانق ونحوه فلا بد ان تكون معلومة العدد ولا
يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم لان الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يسامحون
فبعضهم ياخذ بالدانق اقل وبعضهم يسال اكثر فلا يكون الثمن معلوما ولان الدانق ذكر الوزن والفلوس
عددي فلغا اعتبار ذكر الوزن فيه فيبقى ذكر الفلوس فلا يجوز البيع به الا ببيان العدد **قلنا**
المراد به ما يباع بالدانق وبنصف درهم وهو معلوم في السوق فتسميته نصف الدرهم والدانق
والدرهم لتسمية ذلك في الاعلام على وجه لا يتمكن المنازعة فيه فاذا كان كذلك صار كانه صرح
بقدر الفلوس فيصح العقد قال الامام الحلواني هذا اذا كان الدانق والقيراطان معلومان عند الناس
لا يختلف معاملتهم فاما اذا كان مختلفا كما قاله زفر لمكان المنازعة • وعن محمد الكرخي في المبسوط
لم تنص على حكم الجواز والفساد هنا • وروى هشام عن محمد وفيما دون الدرهم يجوز وان كان بدرهم
فلوس او بدرهمين لا يجوز عند محمد لان فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال فيما دون الناس العبارة عما
يوجد به من عدد الفلوس فيقوم مقام تسمية ذلك العدد • وفي الدراهم وما زاد عليه قلما
يستعمل هذا اللفظ فوضح الفرق ان الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون
ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات وانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقيما ذلك
مقام تسمية العدد • فاما الدراهم فمعلوم بنفسه غير مضاف الى شي منه فلا يجعل عبارة عن العدد
من الفلوس فلهذا قال محمد فهو في الدراهم الخ • وفي شرح المجمع لمحمد ان الدليل يابى جواز البيع على هذا
الوجه لا سيما على صفقتين في صفقة كانه اشترى الفاكهة بنصف درهم واشترى نصف درهم
بما يباع به من الفلوس وانه لا يجوز لقوله عليه السلام لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة وقال انههم
عن اربع عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن صفقتين في صفقة وعن بيع وشرط الا انا جوزناه
في القليل فقال الحاجة الناس اعتبارا للتعامل وجرينا في الكثير على قضية الدليل في الدرهم وما فوقه
كثير وما دونه قليل • ولابي يوسف وهو الاستحسان وابو حنيفة مع ابي يوسف يجوز في الدرهم وما فوقه
للتعامل لا انما يقابل الدرهم وما فوقه معلوم العدد في اصطلاح الناس اذ الكلام فيه فلا يكون الثمن
مجهولا وصار كالنقد الغالب في بلد فيه نقود مختلفة لا سيما في ديارنا فان العادة جارية في الدرهم
وما فوقه كما في نصف درهم وهو قياس قول الشافعي واحمد والقياس قوي لانه متمكن في صلب العقد ولانه
مجمع عليه لمعنى الربوا فيشيع وقد مر نظيره اي في البيع وهو ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع يبطل البيع
عنده في الكل ولو كرر لفظ الاعطا بان قال اعطني فلوسا واعطني بعضه نصفا الا حبة كان جوابه
اي جواب ابي حنيفة كجوابهما في الاصح لتفرق الصفقة بتكرر لفظ الاعطا وفساد احد البيعين لا يوجب
فساد الاخر • وفي المبسوط ولو افترقا قبل ان يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير
لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين • ولم يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع لا
صرف ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن دين بدين • ولو اعطي اي دفع درهما
وقال اعطني به نصف درهم فلوس • نسخ المختصر اي مختصر القدوري فانه ذكر في بعض النسخ المسئلة

واجاب

واجاب بالجواز مطلقا وفي بعض النسخ محمول على خطا من الكاتب والدليل عليه ان في اكثر النسخ ذكر
المسئلة الثانية واجاب بالجواز مطلقا • وفي المجتبى قال ومن اعطى لصيرفي درهما • وقال اعطني بنصفه
فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع وكانت الفلوس والنصف الا حبة بدرهم • **قلت** هكذا
وقع في كثير من النسخ وهو غلط وقع من الكتبة الجهلة نقلا وعقلا • اما النقل فقد ذكر ابو نصر الاقطع
في شرحه لمختصر القدوري وكان تلميذه الواقف على تصانيفه المطلع على مبانيها وممن عبارته ومن
اعطى لصيرفي درهما فقال اعطني بنصف درهم فلوس لما كان معلوما صار كانه قال اعطني بهذا الدرهم
كذا كذا فلسا ونصفا الا حبة ولو صرح بذلك جاز البيع كذا هذا ثم قال وهذا هو الصحيح وما في بعض
النسخ انه قال بنصف درهم فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة غلط من الناسخ فان هذا العقد فاسد في
الكل عند ابي حنيفة وعندهما جائز في الفلوس فقط • وفي زاد الفقها لو قال اعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه نصفا الا حبة فسد البيع • ولو قال اعطني درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة والباقي فلوسا
جاز • وفي شرح المختصر لابي نصر السرخسي ذكر المسئلة هكذا ثم قال فسد البيع في الكل عند ابي حنيفة
وابي يوسف • وقال محمد يصح البيع في الفلوس وهكذا ذكر في ساير نسخ الشروح نصا ودلالة • واما
المعقول فلانه لما قال وبنصفه نصفا الا حبة فقد صرح بالمقابلة بالربوا فلا يمكن تصحيح تصرفه الا
غير فهذا ثبت ان هذا غلط والصحيح ما ذكر في النسخ المتقنة • ومن اعطى الصيرفي درهما وقال اعطني
درهما فلوسا ونصفا الا حبة • **مسائل** يتعلق بهذا الباب تصارفا جنسا بجنس متساويا فزاد احدهما
او حط شيئا وقبل الاخر يلتحق باصل العقد ويفسد العقد الاول عنده • وقال ابو يوسف لا يلتحق ولا
يبطل الصرف به قال زفر والشافعي واحمد • ومحمد في الزيادة • وقال محمد يصح الحط ولا يفسد الصرف
ويجعل الحط هبة مبتداه • ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم الربوا غير ان الزيادة تعتبر
قبضها في مجلس الزيادة لانها هبة ابتداية ثمن الصرف وقال زفر والشافعي واحمد الزيادة لا تلحق باصل
العقد فلا يعتبر قبضها في مجلس الزيادة لانها هبة ابتداية ولو افترقا الا عن قبض بطلت بحصتها من الاخر
كانه باع بالكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده ويرد الذي حط
ما حط وان كان للحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم
يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة لانه ربوا اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه • ولو اشترى مصوغا من فضة
بفضة او من ذهب وتقابضا فوجد المشتري معيبا له ان يرده بالعيب فان رده بقضاء لا باس ان لم
يقبض الثمن من البايع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا
بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك في يده او حدث به عيب آخر رجع
بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ • وان كان فضة لا يرجع لانه يودي الى الربوا فان قبله
البايع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري • ولو ابرا احد المتصارفين صاحبه قبل قبضه او تصدق عليه قبل
قبضه بطل الصرف • وبطل الدين كما في السلم ولو اخذ بدلهما الا من جلسة اذ اشترى به شيئا فالشرى فاسد
والصرف بحاله نقض بدله • وقال زفر يجوز كذا في الكافي • في المحيط اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا
ولا درهم لهذا ثم نقدا وتقابضا قبل التفرق جاز في المثل لا يجوز • وعن ابي حنيفة اشترى فلوسا بدراهم
ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقدا احدهما ثم تفرقا جاز • ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز اشترى سيفا
حليته ماية درهم فضة بماية درهم ثم علم ان حليته ماتا درهم قبل التفرق فان شاء في الثمن ماية اخرى وان شا
فسخ • ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد • ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق

كتاب الكفالة اورد الكفالة عقيب البيوع لما ان الكفالة تحتاج في الباعا

و

غالبا لعدم اعتماد احدهما بقي على الآخر فيكون كاثرهم فيعقبه او لأنها اذا كانت بالامر تقتضي
معاوضة انتهاء ولها باعتبار مناسبة خاصة من حيث ان كل واحد معاملة فيما يجب في الذمة
وهو الدراهم والدنانير ثم من محاسن الكفالة اظهار الشفقة ومراعاة الاخوة وتسهيل الامر على الطالب
والمطلوب وقد من الله تعالى على مريم بقوله وكفلها زكريا وقد ذكر الله تعالى نبيا باسم ذي الكفل اظهارا
لمنته عليه • وقيل انه كفل عددا من الانبياء عن ملك قصد قتلهم ثم الكفالة لغة وشرعا مذكور
في الكتاب • وفي المغرب تركيبه دال على الضم والتضمن حتى يقال ضمين وكفيل • ومنه كفل وهو كساء
يدار حول سنام البعير كالحوية ثم يركب • ومنه كفل الشيطان اي مركبه • وركنها الايجاب والقبول
عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي • وقال ابو يوسف اخرا والشافعي ومالك واحمد الكفالة تتم بالكفيل
وحده وحده القبول اولا اختلف المشايخ على قوله • فقيل تصح من الكفيل موقوفا على اجازة
الطالب • وقيل تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف فيما اذا مات الطالب
قبل القبول لا يؤاخذ به الكفيل عند من قال بالتوقف وشرطها ان الدين صحيحا في الذمة عندنا
وان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح ضمان العبد المحجور عند عامة العلماء • واما الفاظها مذكور
في المتن • واما حكمها فوجوب المطالبة بما التزم وحكمها ثبوت المطالبة ممن شاء من الاصيل والكفيل •
عند عامة الفقهاء • وعن مالك في رواية انه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر عليه المطالبة من
المضمون عنه • وعن ابي ثور مثله • وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور ينتقل الحق الى ذمة
الكفيل فلا يطالب الاصيل كما في الحوالة • ونقل صاحب المنظومة عن مالك يسقط الدين عن ذمة
الاصيل وهذا خلاف ما ذكر في مشاهير كتبه • واحتج ابن ابي ليلى ومن تبعه بما روى ابو سعيد الخدري
انه عليه السلام حضر جنازة وقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان فقال عليه السلام صلوا
على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه انا لهما ضامن فقام عليه السلام وصلى عليه ثم اقبل على علي وقال
جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك • فقيل يا رسول الله لعلي خاصة ام للناس
كافة فقال للناس كافة فدل ان المضمون عنه برئ من الضمان • وللعامة قوله عليه السلام
نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه • وقوله في خبر ابي قتادة الآن بردت جلدته • وصلوة النبي
صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وانما امتنع من الصلوة على مديون
لم يخلف وفاء • واما قوله عليه السلام فك الله رهانك الحديث فانه كان بحال لا يصلى عليه فلما
ضمنه علي فكه عن ذلك ثم الكفالة مشروعة بالكتاب فقال تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم •
قال ابن عباس الزعيم الكفيل • وبالسنة قال عليه السلام الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي
وقال حديث حسن • وبالاجماع فان الامة اجمعت على جواز الضمان وانما اختلفوا في فروع
تذكر • قوله وقيل في الدين فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن المضمون وبه
قال الشافعي ومالك واحمد في رواية • وفي المبسوط ذكر هذين القولين من غير ترجيح فقال الكفالة
ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثق وفيه طريقان احدهما الضم في المطالبة دون اصل
الدين اذ تنفصل المطالبة عن اصل الدين فان الوكيل بالشرى يطالب بالثمن مع ان الثمن على الموكل • والثاني
الضم في اصل الدين فان الكفالة افتراض للذمة والتزام المطالبة يبتنى على التزام اصل الدين وليس
من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين
وان ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد
ضامن للقيمة ولا يكون حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختيار تضمين احدهما

يوجب براءة الآخر فكذا هنا ولهذا لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع على الاصيل مع ان هبة الدين من غير
من عليه الدين لا تصح • ولو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع ان الشرى بالدين من غير من عليه لا يصح
والاول اصح لان جعل الدين الواحد في حكم الدينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولا
ضرورة لان التوثق يحصل بالمطالبة كالوكيل بالشرى فتعدد المطالبة بدون الثمن واما الجواب عن مسئلة
الهبة والشرى فانا جعلنا في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق ورعاية تصحيحه وقبله لا ضرورة
قوله وقال الشافعي لا يجوز • وفي الحلية الكفالة بالنفس صحيحة على المنصوص وهو قول عامة الفقهاء
وبعض اصحابنا قال فيه قولان واصحهما الصحة • وبعضهم قال يصح قولا واحدا وما قال في الدعوى
والبينات ان الكفالة بالبدن ضعيفة يعني في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثر قوله
لانه اي الكفيل كفيل بما لا يقدر على تسليمه فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لان المكفول عنه حر لا ينقاد
تسليمه اذ لا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا لو كفل بامره لان امره بالكفالة لا يثبت له
الولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين • قوله تنويعه اي بنوعي الكفالة على تاويل عقد الكفالة
فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على غرم الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف
يصح الاستدلال به • قلنا الغرم يبتنى على لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزمه الاحضار كذا
في شرح الاقطع • وقوله ولانه يقدر على تسليمه الى اخره جواب عن قياس الشافعي قوله والحاجة
ماسة اي مهمة اليه اي الى عقد الكفالة بالنفس وهي ضرورة احيانا حقوق العباد لانه ربما يغيب بنفسه
فيتوى حق صاحب الحق ولانه عليه السلام كفل رجلا في تهمة • وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة
فكفلت ام كلثوم رضي الله عنها بنفس علي ولان الظاهر انه ينقاد خصوصا اذا كانت الكفالة بامره
فانه هو الذي ادخله في هذه الورطة فعليه اخراجه وان كان بغير امره يمكنه احضاره باعوان القاضي
ولان التزام شيء يصح وان كان لا يقدر عليه غالبا كمن نذر ان يحج عنه الف حجة يلزمه وان كان لا يعيش
الف سنة فكذا هنا يصح التزام الاحضار وان كان الكفيل ربما يعجز عنه اليه اشار في المبسوط • قوله
ولا يصح اضافة الطلاق الى اليد والرجل خلافا للشافعي • وقال الشافعي يجوز الكفالة بما يعبر به عن البدن
وجزء شائع او بجزء لا يمكن فصله عنه كالقلب والكبد • وبه قال احمد في رواية • وقال مالك يصح بكل عضو
من بدنه حتى لو قال بوجهه او بعينه فهو كفالة بالنفس وبه قال الشافعي في وجه واحمد • وعندنا لو قال
بعينه لم يذكر محمد عن ابي بكر البلخي لا يصح كما في الطلاق ولو نوى البدن يصح كذا في المحيط وفيه الالفاظ
التي تقع بها الكفالة صريح وكناية فالصريح كقوله كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل والي وعلي
او قال لك عندي لهذا الرجل او قال علي ان اوفيك به او على ان القاك به او دعه الي فهو كفالة قوله
لانه تصريح بموجبه اي بموجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالصريح بموجبه
كالبيع ينعقد بلفظ التمليك • والكل اليتيم منا والكل العيال ايضا قال تعالى وهو كل على مولاه • والجمع
الكلول والعيال من يعوله اي تقوته وينفق عليه • قوله انا زعيم وفي بعض النسخ انا زعيم به وقدرونا
فيه • وفي بعض النسخ الحديث اي في ان الزعامة الكفالة الحديث • قوله انا ضامن لمعرفته • وفي
الذخيرة لو قال انا ضامن لك على ان ادلك عليه او اوقفك عليه وذلك لا يكون كفالة كذا هنا • وفي
المنتقى يكون كفيلا • وعلى هذا معاملة الناس ولو قال بالفارسية اشناي فلان برمن است قال الهندواني
يكون كفيلا وهكذا ذكر في شرح الاسلام وقال ابو الليث لا يصير كفيلا وبه اخذ الصدر الشهيد • وفي فتاوى
قاضيخان ما قاله الهندواني اقرب الى عرف الناس • ثم قال ولو قال اشناي من است او قال اشنا سنا لوا
يكون كفيلا بالنفس • وعامة المشايخ قالوا لو قال اشناي فلان برمنست او قال فلان اشنا ست يكون كفيلا

فكانهم فرقوا بين العربية والفارسية بالعرف • **قوله** والاحبسه الحاكم هذا اذا لم يظهر عجزه حتى لو
ظهر عجزه فلا معنى للحبس الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله
وهكذا المفلس اذا اخرجه القاضي من السجن كذا في الايضاح **قوله** ولو غاب المكفول بنفسه اي المدعى
عليه امهله وفي الذخيرة هذا اذا علم مكانه فان لم يعلم مكانه سقطت المطالبة عن الكفيل للتحقق
لعجزه ولو كان الكفيل يعرف مكانه امهله قدر ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل ويحبسه بعد مضي
ذلك المدة اذا لم يحضره ولو وقع الاختلاف فقال الطالب يعرف مكانه وقال الكفيل •
لا اعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب
ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له • وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول للكفيل •
لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر للزوم المطالبة • **وقيل** لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه
القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة فلا يصدق على دعوى اسقاطها فان اقام
المطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه • وفي بعض النسخ وكذا اذا ارتد ولحق
بدار الحرب وهذه المسئلة ليست في بعض النسخ الى قوله واذا احضره وسلمه ثم معنى قوله ولذا اذا ارتد
ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ومجيئه وينبغي ان يبرأ الكفيل كما في الموت
لان اللحاق مرتدا موت حكمي والفرق ان اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته لظهور عدم العصمة
في ماله بحال اهل الحرب واقرب الناس اليه وارثه فيعطى له اما الحقوق الثابتة في ذمته كاللزوم •
التوبة ورجوعه الى الاسلام وتسليم النفس الى من يستحق تسليمه باقية كما كانت لبقاء ذمته حقيقة
والكفيل قادر على رده بان يتقدم موادعة بيننا وبين اهل الحرب ان من لحق بهم مرتدا يرد ونهم علينا
اذا طلبنا وان لم يتقدم موادعة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذ به كذا في الذخيرة والمبسوط
وقال الشافعي لو غاب المكفول بنفسه غيبة منقطعة بان لا يعرف موضعه وينقطع خبره سقط •
الطلب عن كفيله لعجزه ولو غاب مسافة القصر وهو قولنا واحمد كما في اللحاق بدار الحرب • والثاني
انه لا يطالب به الحاقا بالغيبة المنقطعة وقال مالك لو سافر الى موضع بعيد وليس من شانه السفر
الى مثله سقط الطلب ذكره في الجواهر • ولو سلم قبل ذلك الوقت اي الوقت الذي عينه برئ لان الاجل حقه •
اي حق الكفيل وفي المبسوط كفله الى شهر ثم سلمه قبل الشهر برئ • **قوله** لان التاجيل حق الكفيل وقد اسقطه
كدين مؤجل قضاه قبل الاجل ولم يكن للطالب ان يابى القبول فكذا هذا وقال احمد ان كان في تسليمه قبل
الاجل ضرر مثل ان لا يكون مثل مجلس الحاكم او دين مؤجل لا يكون تسليما والا يكون تسليما **قوله** وفي زماننا
لا يبرأ قال مشايخنا المتاخرون هذا الجواب على عادتهم في ذلك الزمان لغلبة المعاونة على الحق اما في
زماننا فاكثر الناس يعينون على الامتناع من الحضور لغلبة اهل الفسق والفساد فلا يبرأ • وقالت الائمة
الثلاثة اذا عين مكانا • وفي تسليمه في غيره ضرر تعين ذلك المكان • **قوله** وعندهما لا يبرأ وبه قالت
الائمة الثلاثة • وعن بعض اصحاب احمد مثل قول ابي حنيفة • **وقيل** هذا اختلاف عصر وزمان •
لا اختلاف حجة وبرهان • فابو حنيفة في القرن الثالث والغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في
الميل الى الرشوة وعامل كل مصر ينقاد امر الخليفة فلا يقع التفاوت بين مصر ومصر وتغير الحال في زمنهما
وظهر الفساد والميل من القضاة الى الرشوة وعامل كل مصر لا ينفذ امر الخليفة فتفقد التنفيذ ولهما ما ذكر
في الكتاب ولابي حنيفة انه سلمه في موضع امن وعنات فبرأ كما لو سلمه في ذلك المصر اذ يقدر على محاكمته •
عند القاضي ليثبت الحق او ياخذ الكفيل ويمكن ان يكون شهوده في ذلك ويمكن ان لا يكون فيقابل الموهوم
ويبقى التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه كذا في المبسوط • **قوله** ولو سلمه في السجن الى

الآخر وعند مالك برئ • وعند احمد ان كان في محل القاضي الذي يرفع الحكم اليه برئ والا فلا قوله
فاذا مات المكفول به وهو المدعى برفع الحكم اليه عليه برئ الكفيل بالنفس من الكفالة وبه قال
الشافعي في وجه واحمد وقال في اصح الوجهين يطالب باحضار الميت ما لم يدفن اذا اراد المكفول له
اقامة الشهادة على صورته كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت وهو يطالب الكفيل بما عليه او لا وفيه وجهان
اصحهما لا وبه قال اصحابنا واحمد والشعبي وشريح وحماد بن ابي سليمان وقال مالك والليث يلزمه
ما عليه وبه قال ابن شريح من اصحاب الشافعي لان الكفالة وثيقة فيستوفى الحق منها اذا تعذر تحصيله
ممن عليه كالرهن **وقلنا** التزم احضاره لا ما عليه كالوضمن المسلم فيه فانقطع لا يطالب براس •
المال الضمير كذا في شرح الوجيز • **قوله** لا يفا هذا الواجب وهذا الاحضار وتسليم المكفول •
به فان مال الكفيل لا يصلح بدلا لذلك بخلاف الكفالة بالمال فان المال لا يقوم مقام النفس اذ المال
غير النفس حقيقة بهذه الكفالة احضار النفس على ان الورثة انما يخلفونه فيما له لا فيما عليه بخلاف
الكفيل بالمال حيث لا يبطل الكفالة بموته اذ المقصود هنا ايفاء حق المكفول عنه اذا كانت الكفالة
بامره كما في حال الحيوة • ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يوخذ من تركته حالا ولكن ورثته
ترجع على الذي عليه الاصل بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق الاصيل لبقاء حاجته • اما الكفيل •
استغنى عن الاجل بالموت كذا في المبسوط • وبقولنا قال الشافعي واحمد • وعن زفر ان للورثة مطالبته
حالا لانه ادخله في ذلك مع علمه انه يحل بموته • **وقلنا** انه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته قبل الاجل
وانما ادخله في الدين المؤجل وحلوله بسبب من جهته فصار كما لو قضى قبل الاجل • **قوله** لانه اي دفع
المكفول به الى الطالب موجب تصرف الكفالة والموجبات تثبت بدون ذكرها صريحا كثبوت الملك
بالشراء وان لم يصرح به • **قوله** كما في قضاء الدين اذا سلمه ولا مانع هنا من القبض براءة المديون وان لم
يقبضه وكالغاصب اذا رد المغصوب على المالك والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري وبه قال مالك واحمد
وقال الشافعي لزمه القبول ولو امتنع من القبول قال بعض اصحابه رفع الامر الى القاضي وسلمه
حتى يبرأ فان لم يجد حاكما احضر شاهدين ليشهدوا على امتناعه وبه قال بعض اصحاب احمد • **قوله**
لانه مطالب اي لان المكفول به مطالب بالخصومة • وفي بعض النسخ بالحضور • وفي المبسوط لو دفع نفسه
وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل ولا نعلم فيه خلافا لان للكفيل ان يطالبه بالحضور
وتسليمه اذا طولب به فهو انما يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متبرعا فيه كالمحيل اذا قضى الدين
بنفسه يصح تسليمه قبل الطالب او لم يقبل • وفي شرح الوجيز • ولو قال سلمت نفسي اليك من جهة الكفيل برئ
الكفيل ولو لم يسلم نفسه من جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل ولو سلمه اجنبي لا عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل •
وهذا لا خلاف فيه • ولو سلمه الاجنبي من جهة الكفيل ان كان بامر الكفيل برئ الكفيل لانه وكيل الكفيل
ورسوله والا لا ولكن لو قبل الطالب برئ الكفيل ولا نعلم فيه خلافا • **قوله** لان لم يواف به اي ان لم
يات به وافاه اتاه مفاعلة من الوفاء • ومنه كفل بنفس رجل على ان يوافي به المسجد الاعظم كذا في
المغرب والتقييد بما عليه مقيد لانه اذا لم يقل ما عليه لا يلزمه شيء عند عدم الموافاة خلافا لهما
والتقييد بقوله وهو الف غير مقيد لانه اذا قال ما عليه ولم يسم كم هو جاز لان جهالة المكفول به لا
تمنع صحتها لانها مبنية على التوسع ولان ما عليه معلوم في نفسه وان لم يكن معلوما فاعلامه ممكن الا يرى
انه قال لو تكفلت بما ادركك في هذه الجارية المشتراة من درك كان جائزا واصل الحقوق في الدرك
وقدرها يلحقه فيه الدرك مجهول وقد اعتاد الكفالة بهذه الصفة وكذا الكفالة بالشجة صحيحة مع ان
الشجة غير معلومة مثل يبلغ النفس ام لا يبلغ • وبقولنا قال احمد • **قوله** ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس •

به بالمال ومات الكفيل له فلا تبطل الكفالة ... ورثته ويرجع ... وبعد خلة ... المكفول ...

فان قيل ينبغي ان يبرأ اذ وجوب الكفالة بالمال بطريق البدلية من الكفالة بالنفس كما في قوله تعالى
فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام • وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء فان
فان قوله ان لم يواف به غدا فانا ضامن من ونراه • قلنا الكفالة بالمال ليست ببدل عن الكفالة
بالنفس لان كل واحد منهما مشروع للتوثيق فالتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال
وهذه الصيغة منا لم تكن لاظهار البدلية بل هي لتعلق الكفالة بالمال وهي مما يتعلق بالشروط الملائمة كما يجيء
وفي المبسوط لا منافاة بين الكفالتين ولهذا لو كفل بهما جميعا كان صحيحا وبعد ما صحتا الكفالة بالنفس لا يبرأ
عنها الا بالموافاة بالنفس ولم يوجد وهذا نظير ما لو وكل رجلا ان يخلع امرأته وقال له ان ابت الخلع فطلقها
فابت فطلقها الوكيل وقع ولا تبطل الوكالة بالخلع حتى لو خلع في العدة جاز الخلع • قوله وقال الشافعي
وفي المبسوط ذكر ابن ابي ليلى مكان الشافعي ثم التقييد بقوله هذه الكفالة للاحتراز عن سائر الكفالات
بالمال دون التعليق بالشروط لا للاحتراز عن الكفالة بالمال فان عنده كلتاهما باطلتان ذكره الامام •
قاضي خان والمرغيناني لان الكفالة بالنفس لا تصح عنده لما مر كذا في النهاية • قلت على قوله
المنصوص بصحة الكفالة بالنفس تبطل الكفالة بالمال فقط ويفهم ذلك من كتبهم وتعليل الكتاب يدل ايضا
عليه لانه اي هذا التعليق تعليق وجود المال اي سبب وجوب المال وبه صرح في بعض النسخ فاشبه البيع
اي تعليق البيع وصار كما لو قال ان دخلت الدار فانا كفيل بما لك على فلان ولنا قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم علق الكفالة بالشرط وهو المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا تلزمنا قبل النسخ ولان القياس
يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقديما تعامل الناس تعليق الكفالة بعدم الموافاة • ولنا انه اي
عقد الكفالة يشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره ويشبه النذر
من حيث انه التزام شيء عن لازم فلشبهه بالبيع ان لا يجوز تعليقه بالشرط كما في البيع ولشبهه بالنذر يجيء
ان يجوز بالشرائط كلها فقلنا يجوز بشرط متعارف ولا يجوز بشرط غير متعارف عملا بالشبهين وتعليقه بعدم
الموافاة متعارف بخلاف دخول الدار غير متعارف • وما قال الشافعي ان هذا تعليق التزام المال غير مسلم فان الكفالة
عندنا التزام المطالبة لا التزام المال كذا في الفوائد الظهيرية • قوله ومن كفل بنفس رجل الى قوله
وهو عدم الموافاة • فان قيل هذه المسئلة عين الاولى غير ان في الاولى لم يذكر موت المكفول به وهنا
ذكره فلا يقع الفرق اذ لزوم المال بموته وعدم موته لا يتفاوت • قلنا لا بل بينهما فرق وهو انه لم يذكر
في بعض نسخ الجامع لفظ الغد في هذه المسئلة فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقا وثمة كان
مقيدا فكان بينهما فرق اذ المطلق غير المقيد وعلى ذكر الغد فالفرق بينهما بوجه آخر وهو ان المكفول به مات
قبل مجيء الغد فوجب المال على الكفيل عند مجيء الغد فيتوهم متوهم بافتراق الحكم في عدم الموافاة بين كونه حيا
او ميتا فازال ذلك الوهم بذكرهما • فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بقاء الكفالة بالنفس
على حالها • ولهذا لو ابرأ الكفيل عن الكفالة بالنفس عند عدم الموافاة فانفسخت الكفالة بالنفس قبل وجود
شرط الكفالة بالمال في مسئلة شرب ماء الكوز اليوم فاهريق قبل الليل لا يحنث عند ابي حنيفة ومحمد قلنا
الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء انفسخت الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع
الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عنه ولا ضرورة بالقول بانفساخها في حق الكفالة بالمال
لان عدم الموافاة بالعجز عن تسليم النفس يتحقق كذا في الفوائد الظهيرية • ثم قال وهذا اذا مات المكفول به
فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة فاشار في الاصل ان المال يجب دينا في تركة الكفيل اذا مضت المدة •
وذكر المحبوبي في جامعه جواب تلك الشبهة بوجه آخر فقال تصحيح الكفالة ههنا بطريق التقديم
والتاخير وهو ان يجعل كانه كفل بالمال في الحال ثم علق الابراء منها بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس

لا توجد بالموت فبقي المال واجبا ولا حاجة الى هذا التقديم والتاخير في اليمين بالطلاق لان الطلاق
يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلهذا افترقا • قوله ولم يبينها اي صفة مائة دينار
انها جيدة او ردية او خليفية او ركنية او لم يبينها اي معناه وبين المائة بدعواه مائة دينار ولم يبين
قدر الدينار ولم يذكر المائة اذ صورة المسئلة في جامع شمس الائمة وفخر الاسلام رجل ادعى على رجل مائة
دينار او لزمه ولم يدع عليه المائة دينار وقال رجل دعه انا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا
فعلي المائة دينار فرضي به ولم يواف به فان عليه المائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق •
وهذا قول ابي يوسف • وقال محمد اذا ادعاها ولم يسمها حتى كفل به بمائة دينار ثم ادعى بعد ذلك
لا يلتفت الى دعواه وبقول محمد قال الشافعي وبقولهما قال احمد • وفي شرح المجمع ههنا ثلث مسائل •
احدها ان يكفل بنفس زيد وقال ان لم اوافك غدا فعلي الف درهم ولم يقل التي لك على زيد والثانية
ان يقول الالف التي لك على زيد • والثالثة ان يقول تكفلت لك بنفس زيد ان لم اوافك به غدا فعلي
نفس عمرو وعمرو غريم آخر للطالب او ما لك على عمرو فعند محمد يصح الكفالة في التي قال على الالف
التي لك على زيد فقط • وفي القياس لم يصح الكفالة الثانية لما انه تعليق وجوب المال بالخطر وفي الاستحسان
يجوز للعرف ولا تعارف في غيرهما • قوله ان لم يبينها اي صفة المائة او نفس المائة بان لم يذكرها ثم لا يلتفت
الى دعواه اي دعوى الطالب لانه اي الكفيل علق مالا مطلقا اراد باطلاقه عدم نسبة المائة المدعى به
حيث لم يقل تكفلت بمالك عليه بخطر اي بمتردد وهو شرط عدم الموافاة فلا تصح الكفالة على هذا الوجه
وان بين المائة لاحتمال ان يلزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال هكذا ذكر
الماتريدي وذكر الكرخي ان لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضي لفساد الدعوى
لجهالة المدعى به فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال لانها بناء على الكفالة بالنفس وهذا يوجب
ان تصح الكفالة بالنفس اذا بين المال • ولهما ان المال معرفا فينصرف الى ما عليه تصحيحا لكلام العاقل
اذا كان المال معلوما عند الدعوى • واما اذا لم يكن معلوما عند الدعوى فلان العادة جرت فيما بين
الناس انهم يجملون الدعوى اولا في غير مجلس القاضي ويبينون عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم
الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين التحق بيانه الى ابتداء
الدعوى فتظهر به صحة الكفالة بالنفس فتصح الكفالة بالمال لانها بناء على الكفالة بالنفس ويكون القول له
في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد • ذكر في الذخيرة وجه قولهما في المسئلة ان
بين الكفالتين اتصالا لان التعليق بعدم الموافاة صحيحة كما في المسئلة الاولى • وفي تصحيح الكفالة الثانية
تاكيد موجب الاولى فكذا ههنا لان الكفالتين بشخص واحد ففي تاكيد موجب الاولى فلهذا موجبها الموافاة فمتى
علم انه لم يواف به لزمته الكفالة الثانية جد في طلبه ليوافي به فحصل التزام الثانية • قوله ولا يجوز
الكفالة بالنفس بالحدود الى آخره وبقول ابي حنيفة قال الشافعي في قول واحمد واكثر اهل العلم • وعندهما
يجبر في حد القذف والقصاص وبه قال الشافعي في المشهور منه • وعن مالك مثله وصورة المسئلة ان
تكفل بنفس من عليه حد او قصاص حتى يحضره في مجلس القاضي اذا جاء الشهود او عدلوا اما لو كفل بنفس الحد
والقصاص لا يجوز بالاجماع لان الكفالة انما تصح فيما يجري النيابة وفي ايفاء الحد لا يجري النيابة لانه من العقوبات
وفيها لا يجري النيابة لعدم حصول المقصود وهو الزجر • قوله وقالا يجبر لان فيه اي في حد القذف حق العبد
وان كان المغلب حق الله تعالى • ولهذا شرط فيه الدعوى والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين الشهود وبين المطلوب
والمطلوب قد يخفي نفسه فيحتاج الى ان يوخذ منه كفيلا • والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف
في الجبر بالكفالة على قولهما • وفي الجواز بغير الجبر على قول ابي حنيفة لانه من الحدود التي يتعلق بها حق العباد

وقال المرغيناني ليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن يأمر بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب
لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب الدار واراد الدخول
استاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن يجلسه في باب داره
ويمنعه من الدخول لانه اي القصاص خالص في حق العبد اي الغالب فيجري الجبر في اخذ الكفيل كما في سائر
حقوقه بخلاف الحدود الخالصة كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به
سواء اعطى الكفيل قبل اقامة البينة او بعدها لان قبلها لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى
لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا والشرب فهذا لم يتكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل العدالة
يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى لاخذ الكفيل بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه
فتصح الكفالة باحضاره • **قوله** فلا يجب فيه الاستيثاق • **فان قيل** ينبغي ان لا يحبس بعد اقامة شاهد
عدل لان معنى الاستيثاق فيه اكثر • **قلنا** الحبس ليس للاحتياط بل لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيرا
به كذا في الفوائد الظهيرية • وفي جامع البرماني فاذا لم يكفل عنده ما ذا يصنع به قال يلازمه الى وقت
قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله هذا اذا لم يقم شاهدا عدلا او شاهدين
مستورين • فان اقام حبس لا للتكفيل بل للتهمة والحبس للتهمة مشروع فانه عليه السلام حبس رجلا بالتهمة
قوله كما في التعزير اي يجبر المطلوب في اعطاء الكفيل في الشيء الذي فيه التعزير لان هذه الدعاوى
ودعوى المال سواء لان التعزير محض حق العبد ويثبت مع الشبهات وبالشهادة على الشهادة ويحلف فيه
فيجبر فيه كالاموال • **قوله** ولو سمحت نفسه اي نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر
عليه في القصاص والحدود تصح بالاجماع • وفي الفوائد الشاهية والخبازية هذا في حد للعباد فيه حق
كحد القذف • اما في حد ليس للعباد فيه حق كحد القذف لا تجوز الكفالة وان سمحت به نفسه وبه قال احمد
والشافعي لعدم المطالبة فيه ولما بينا ان الاستيثاق ينافيه • **قوله** ولا يحبس فيهما اي في الحدود وفي بعض
النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص • **قوله** شاهد عدل يعرفه القاضي اي يعرف انه عدل لا فيه
لانه لو كان مجهولا لا يحبسه • **قوله** لان الحبس للتهمة اي تهمة الفساد هنا لا للاحتياط وشهادة المستور
تصلح لاثبات الحكم فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة
العدل التهمة وان لم يثبت اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لما روى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حبس رجلا للتهمة • **قوله** بخلاف الحبس في باب الاموال في دعوى
المال لا يحبس بشهادة الواحد لانه اي لان الحبس اقصى عقوبة فيه اي في المال فانه لو ثبت بالبينة وامتنع
من الايفاء يحبس فكان الحبس اقصى عقوبة في المال فلا يجوز ان يعاقب قبل ثبوته به • اما في الحدود والقصاص
والتعزير اقصى العقوبة القتل او الضرب • والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب به قبل ثبوت الحد
والقصاص • وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء فيه واو من وهمت الشيء اتهمه وهما
من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر • واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة
بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت على فلان اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما
قبلها ثم ابدلت منها فادغمت في تاء الافتعال ثم بنيت على هذا الاسم اسماء من المثال وان لم يكن فيها تلك
العلة توهما ان التاء اصلية فمن تلك الاسماء التكلان والتخمة والتهمة • **قوله** على قولهما لا يحبس يعني في
الحبس في الحدود عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما
قوله لانه اي الخراج دين مطالب به الا ترى انه يحبس به ويلازم لاجله ويمنع من وجوب الزكوة فتجوز الكفالة
والرهن به كسائر الديون كذا في الفوائد الظهيرية • **فان قيل** يشكل على هذا الزكوة فانها دين

مطالب

مطالب به الا ترى انه يحبس به ويلازم لاجله من جهة العباد في الاموال الظاهرة الامام وفي الباطن
نائبه وهو المالك كما مر في الزكوة • ولا تجوز الكفالة بدين الزكوة • **قلنا** قال التمرتاشي انما لا يصح لان
الزكوة ليست بدين بل هو تمليك المال ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج فانه يؤخذ من تركته
وقوله دين مطالب راجع الى الكفالة • وقوله ممكن الاستيفاء راجع الى الرهن لان الرهن توثيق لجانب
الاستيفاء فكان هذا من باب اللف والنشر يعني لا بد لصحة الكفالة المطالبة ولصحة الرهن امكان الاستيفاء
واليه اشار شمس الائمة في جامعه • وانما اورد هذا لان الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة
ووجوبه بحق الشرع كالزكوة فكان ينبغي ان لا تصح الكفالة والرهن دون الديون ولكن في حكم المطالبة
بالايفاء والحبس فيه بمنزلة الديون فاورده وبين جواز الكفالة به والرهن به • **قوله** ثم ذهب واخذه
اي ذهب الطالب واخذ من المديون كفيلا يصح ولا يبطل الكفالة الاولى ولا نعلم فيه خلافا
قوله لان موجبه اي موجب عقد الكفالة التزام المطالبة وهي تتعدد الا ترى انهما لو كفلا
جميعا بنفسه معا جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم سلم احدهما نفس الاصيل الى الطالب برئ
هو دون الاخر وليس هذا كالدين فانه لو قضى احد الكفيلين الدين واخذ الدين برئا وفي التفاريق
والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد ايهم سلم الاصيل كان كتسليمهم • وفي الشافي ثلاثة كفلوا بالف
طالب كل واحد بثلث الالف وان كفلوا على التعاقب وطالب كل واحد بالالف كذا ذكر شمس
الائمة والمرغيناني والتمرتاشي • **قوله** مبنى الكفالة على التوسع لانها تبرع ابتداء فلا تمنع صحتها
الجهالة المستدركة اليسيرة فتحمل فيها اي في الكفالة الجهالة اي جهالة المكفول به وبقولنا قال
مالك واحمد والشافعي في القديم • وقال الشافعي والثوري والليث وابن ابي ليلى وابن المنذر
لا يصح ضمان المجهول لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في البيع • **ولنا** قوله تعالى ولمن جاء
به حمل بعير وانا به زعيم وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير يختلف باختلاف البعير • وعموم قوله
عليه السلام الزعيم غارم ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح مجهولا لانه تبرع كالنذر
وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة • وضمان الدرك هو ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق
المبيع اخذ • وفي الصحاح الدرك التبعة يسكن ويحرك فقال ما لحقك من درك فعلي خلاصه كما اذا
كفل بشجة اي خطا لانها اذا كانت عمدا تعلق بتقدير السراية يجب القصاص اي بشجة كانت اذا شجها بالة
جارحة • ولا تصح الكفالة عن القصاص وقد مر • **قوله** ومراده من قوله دينا صحيحا ان لا يكون بدل
كتابة لان بدل الكتابة ليس بدين صحيح اذ المكاتب يمكن من ان يسقط عن نفسه بان يعجز نفسه كذا في المبسوط
وفي التحفة ثبوت هذا الدين مع المنافي لان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي عليه
درهم الا انه لحاجة الى العتق يثبت الدين وكان ثابتا في حقه لا في حق صحة الكفالة به ولا خلاف فيه
قوله وان شاء طالب الكفيل وبه قال اكثر اهل العلم • وعن مالك في رواية عنه لا يطالب الكفيل
الا اذا تعذر المطالبة عن الاصيل لانه وثيقه فلا يستوفي الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصيل
كالرهن • **وقلنا** حق المطالبة ثابت في ذمة الكفيل او الدين على قول الائمة الثلاثة • فايا ما كان
يملك المطالبة كالاصيل • اما الرهن مال من عليه الحق وليس في ذمة يطالب بل يطالب من عليه
الدين ليقضي منه او من غيره • **قوله** لاحد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب يتضمن التمليك منه
اي من الذي لا يتضمن التمليك اي ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء كذا في المبسوط شيخ الاسلام • اما
المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك اي ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء كذا في المبسوط **قوله** ما بايعت
فلانا قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما اذ جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بعت من

الناس فانا كذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به فتفاحشت الجهالة بخلاف ما لو
لان الجهالة فيه قليلة يسيرة متحملة ذكره في الايضاح • **قوله** ما ذاب لك اي وجب وثبت تقاول ذاب
لي عليه حق اي وجب مستعار من ذوب الشحم كذا في المغرب فكل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليق الكفالة
به وبه قال احمد في رواية ومالك وقال الشافعي لا يصح لما ان هذا تعليق الضمان بخطر فلا يجوز •
وقلنا هذا مقتضى الكفالة وملائم له فيجوز والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
فانه يدل على جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير مجهول كما ذكرنا • وعلى تعليق صحة
الكفالة بالشروط اذ علقه بالمجيء بالصاع وشريعة من قبلنا تلزمنا قبل النسخ لان المنادي نادى بامر •
يوسف عليه السلام وما اخبرنا الله تعالى عن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يقوم دليل النسخ كذا في •
المبسوط • **فان قيل** هذه الاية محمولة على بيان الجعالة اذ هذا العامل كان ضامنا عن نفسه لانه
كان مستاجرا والمستاجر ضامن للاجر سواء كان اصيلا او وكيلا • واذا كان ضامنا عن نفسه بحكم عقد •
الاجارة لا يكون كفيلا اذ الكفيل ما يكون ضامنا عن الغير فكان معنى قوله انا به زعيم انا ضامن للاجر بحكم
الاجارة لا بحكم الكفالة • وضمان الجعالة على هذا الخصم بان قال من اتى بعبدي من جاء به فله كذا والدليل •
على صحة هذا الحمل ان المكفول له مجهول في هذه الاية • والكفالة لا تصح مع جهالة المكفول له بالاجماع
الا في مسئلة واحدة على ما يجيء هكذا قاله اصحاب الشافعي • **قلنا** الزعيم حقيقة الكفيل وامكن حمل
الاية على الكفالة بان قال المنادي للعيران الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل بذلك فيكون
كفيلا عن الملك والرسول بالاستيجار يصلح ان يكون كفيلا بالاجر عن المرسل • وفي الاسرار في الاية امران
جواز الكفالة مع جهالة المكفول له • وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال فانفساخ الاول
لا يدل على انفساخ الثاني وهذا كما احتج بكفالة ابي قتادة في قصة الميت الذي عليه درهمان حيث •
قال بها على نفلهم بجواز الكفالة عن الميت المفلس ولا يجوز الكفالة بالمجهول والغائب والبطلان مع •
الجهالة والغيبة لم يدل على بطلانها مع الافلاس وامثال ذلك كثير فكذا هنا • وعن ابي بكر الجصاص
ان الاستدلال بهذه الاية ضعيف لجواز ان تكون في بيان الجعالة لا الكفالة • ولكن عامة مشايخنا قالوا
الاستدلال به صحيح كما بينا • وفي الذخيرة الكفالة لا تصح مع جهالة المكفول له • وتصح مع جهالة
المكفول عنه • والفرق ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع فلا يصح بدون قبول المشتري فكانت
جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة البيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق
والعتاق حتى يصح من غير قبوله فلا يمنع جهالة المعتق جواز العتق وهذا في الكفالة المرسلة اما في الكفالة
المضافة فجهالة المكفول عنه مانعة حتى ان من قال لغيره تكفلت لك بما بايعت احدا من الناس كانت
الكفالة باطلة • والوجه في ذلك ان في المضافة امتنع جوازها لاجل الاضافة لا لجهالة المكفول عنه
فان المضافة الى وقت في المستقبل القياس يابى جوازها لانها تمليك في حق الطالب وانما جوزت استحسانا
للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما ولو كان مجهولا بقي على اصل القياس • **قوله** بشرط
ملائم اي الاجرة • ومن صور الشروط التي تصح في الكفالة ما روي عن محمد ضمنت كل ما لك على فلان فهو علي
وان مات فهو علي كذا ذكره التمرتاشي • **قوله** اذا قدم زيد وهو مكفول عنه فقد به لان تعليقها بقدوم
غير المطلوب لا يصح لانه تعليق غير ملائم لمقتضاها اذ قدوم الاجنبي ليس بسبب للتسليم ما التزمه بخلاف
قدوم المديون فانه ميسر للتسليم فيكون تعليقها بالشرط المعين المحض كهبوب الريح وكدخول الدار
كذا في المبسوط • **قوله** وما ذكر من الشروط اي في اصل المسئلة بمعنى ما ذكرناه اي بمعنى الاصل الذي
ذكرناه وهو ان كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها ثم جعل منها اي من هبوب الريح ومجيء المطر اجلا

قوله الا انه تصح الكفالة الى اخره اعلم ان في هذا اللفظ نوع اشتباه لانه اراد بقوله لما صح تعليقها
بالشرط لا يبطل بالشروط ابتداء بتعليق الكفالة بالشرط فان هناك لا يصير كفيلا اصلا ذكره في المبسوط
وفتاوى قاضي خان • وان اراد بهذا اللفظ تاجيل الكفالة الى هذه الشروط الفاسدة فهذا تاجيل
لا التاجيل غير والتعليق ذكره في فتاوى قاضي خان فكيف يصح تعليقه بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل
بالشروط الفاسدة الا ان اراد بالتعليق التاجيل بجامع في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال فحينئذ •
يصح وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر هناك هكذا وذكر التعليق واراد التاجيل
وعند الشافعي واحمد تاجيل الكفالة بالاجال المجهولة لا تصح وتبطل الكفالة لانه ليس له وقت يستحق
المطالبة فيه فكان منافيا لمقتضى الكفالة فلا تصح الكفالة به • **وقلنا** لما بطل التاجيل
كانت الكفالة حالة تصحيحا لتصرفه كما ان الشرط المجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق
والعتاق بان قال طلقت او اعتقت على ان من الخيار او طلقت او اعتقت الى قدوم الحاج او الحصاد •
او العطاء • **قوله** ولا ولاية له عليه اي لا ولاية للمكفول عنه على الكفيل فلا يصدق في حق الكفيل •
فان قيل تشكل هذا بما اذا كفل بما ذاب له على فلان ثم بعد ذلك قال الطالب هو الفان وقال
المطلوب الف وقال الكفيل لا شيء لك عليه فيلزم ما قال على الكفيل الف التي اقر به الطالب مع انه
لا ولاية له على الكفيل ذكره في المبسوط • **قلنا** هذا ايجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقول
المطلوب لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه بكفالته باقراره فقد صار ملتزما
ذلك بكفالته وهذا استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء به كما في مسئلتنا لانكاره الوجوب
على المطلوب كذا في المبسوط • ولان في مسئلتنا لما اعترف الكفيل بما كان حق كفالته مقتضيا بدين
فلا يسمع عليه ما هو الزائد على ما اعترف به لانه حينئذ يلزم ان يكون اقرار الانسان حجة على غيره • اما
في مسئلة المبسوط تكفل بما سيجب في المستقبل وهو المستقبل قد يجب باقراره فكان لزومه بكفالته على ما
ذكرنا لا بقول المطلوب **قوله** لا بطلا وما روينا وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم ولا خلاف فيه
اذ هو اي الرجوع عند امره اي امر المطلوب وقد رضي به اي بالرجوع فيكون راضيا بضرر الرجوع حيث امره
بالكفالة عنه • **قوله** فان كفل بامره اي بامر المطلوب رجع عليه بالاجماع • وفي النهاية هذا ليس
على اطلاقه لما قيده بما اذا كان الامر وهو المطلوب ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون وملك التبرع حتى
لو كان المطلوب صبيا محجورا او امر رجلا بان يكفل عنه فالكفالة صحيحة ولكن لو ادى الكفيل ما امره لا يرجع على
الصبي الامر وكذا الحكم في العبد المحجور ذكره في التحفة واحكام الصغار له لو كان الصبي ماذونا له صح امره
ويرجع الكفيل بما ادى عليه لصحة امره بالاذن • **فان قيل** لو قال اد زكوة مالي او اطعم عشرة مساكين من
كفارتي فادى واطعم لم يرجع على الامر ما لم يشترط الضمان او يقول على اني ضامن وههنا يرجع بمجرد الامر
فما الفرق • **قلنا** الفرق ان الامر طلب التمليك من المامور في الفصول كلها لانه لما امره ان يؤدي عنه
ولم يكن مؤديا عنه الا بعد ان يصير المؤدى ملكا للامر الا ان الملك للامر انما يثبت في ضمن ملك القابض فينظر
الى ملك القابض فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل ثبت للامر مثل ذلك • وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض
ملك مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا دين عليه يسترد المقبوض فيثبت للامر ايضا ملك مقبوض بالمثل وليس
ذلك الا القرض • اما في الزكوة والكفارة يثبت الملك للقابض غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر انه لا زكوة
للامر في الموضعين جميعا مثل ما ثبت للقابض كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة • **قوله**
وان كفل بغير امره لم يرجع وبه قال الشافعي واحمد في رواية • وقال مالك واحمد في رواية يرجع
كما لو كفل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لذلك المال من الكفيل او كالمقيم له مقام نفسه

في استيفاء المال من الاصيل • وقلنا يملك الدين لكنه يؤخر الى ادائه وذلك لا يكون في كفالته
بغير امره لانه متبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بغير رضاه فلذلك لا يرجع اليه كذا
في المبسوط **قوله** معناه اذا ادى ما ضمنه اما لو ادى خلافه فيرجع بما ضمن حتى لو كفل بالجياد
وادى الزيوف وتجوز الطالب به رجع على المطلوب بالجياد • ولو كفل بالزيوف وادى الجياد
رجع بالزيوف اذ الرجوع بحكم الكفالة فيرجع بما دخل تحت الكفالة بخلاف المامور بقضاء الدين
فانه يرجع بما ادى لان الرجوع ثمة بامر الامر بالاداء فلا بد من اعتبار الامر والاداء ففي فصل
اداء الجياد مكان الزيوف لم يوجد الامر في حق الزيادة • وفي الفصل الاول بان وجد الامر
لم يوجد الاداء كذا في المبسوط والذخيرة **قوله** ولو قال لخليطه اقض فلانا او لم يقل عني فلم يرجع
على الامر عند ابي حنيفة ومحمد واحمد • وعندهما سواء كان خليطا او لا • وقال اقض عني او انقد عني
يرجع وعند ابي يوسف يرجع فيهما وبه قال الشافعي وفي الخليط يرجع بالاجماع فيهما لهما ان قوله
اقض فلانا الفا يحتمل الالف التي عليه ويحتمل الالف التي على الامر فلا يثبت بالاحتمال لا يرجع بخلاف الخليط
فان العرف ان يامر بالالف عليه • ولهم ان الظاهر ان الانسان يامر غيره باداء الالف عليه ويسعى في
تفريغ ذمته فصار بمنزلة الامر للخليط • والمراد بالخليط من ياخذ الرجل منه ويداينه ويضع عنده
المال او يكون في عياله او شريكه **قوله** كما اذا ملكه اي الكفيل الدين بالهبة • **فان قيل** هبة
الدين من غير من عليه الدين لا يجوز والدين لا يكون في ذمة الكفيل عندنا فكيف يجوز تمليكه بالهبة
قلنا هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم ياذنه بقبضه • فاما اذا اذنه بقبضه
يجوز استحسانا • وههنا لما ادى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب فتصح هبته او يجعل
ذلك نقل الدين عليه فيقتضي الهبة فتصير هبة لمن عليه الدين وهو ممكن لا ازالة ولا به نقل الدين اليه باحالة
الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما على ان الدين يصير ... عند الضرورة ولا صحة للهبة الا بجعل
الدين عليه فجعل عليه للضرورة او بالارث بان مات الطالب وورثه الكفيل منه • **قوله**
وكما اذا ملك المحتال عليه فادى المحتال عليه المال رجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما ادى •
لان المحتال عليه يرجع بما ضمن • ولو وهب المحتال له الدين للمحتال عليه او تصدق عليه او ورث
من المحتال له او ادى دنانير او عرضا عن الدراهم فانه يرجع على المحيل بالمال بمنزلة الكفيل وقد صرح
به في الايضاح **قوله** بخلاف ما اذا صالح الى آخره حيث يرجع بما ادى وهو خمسمائة لا بما ضمن لانه اسقاط
عن بعض الدين وليس بمبادلة فكان ربوا واذا كان اسقاطا للبعض صار كما لو ابراه عن الكل اعتبارا للبعض
بالكل **قوله** بخلاف الوكيل بالشراء وفي الايضاح الفرق بين الكفيل والوكيل ان الكفيل يملك الدين بالاداء
لانه ملتزم للمطالبة فلا يرجع عليه الا بالاداء بالعقد • وفي الشراء الوكيل من الموكل بمنزلة البائع من المشتري
فيما يرجع الى الحقوق على ما عرف فتثبت له المطالبة كما تثبت للبائع وكان له الطلب قبل الاداء **قوله**
العقد بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان وللوكيل ولاية
حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كما للبائع اذ الموكل يستفيد الملك في المشتري من جهة الوكيل فكان
الوكيل بمنزلة البائع **قوله** حتى يخلصه ولا خلاف فيه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه وبه قال
الشافعي في وجه ومالك واحمد اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي في الاصح لا يحبسه
لانه لا يتعلق له على الاصيل قبل الاداء **قلنا** هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه تخليصه •
قوله لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بلا خلاف بين الفقهاء بخلاف ما اذا كفل بشرط براءة الاصيل
فانه لا توجب براءة الكفيل لانه في معنى الحوالة والاعتبار للمعاني لا للالفاظ • وقوله في الصحيح احترازا

عما قال بعض العلماء انه يوجب اصل الدين في ذمة الكفيل على ما بينا ويكون من قال بوجوب الدين
في ذمة الكفيل على ما بينا ولكن من قال بوجوب الدين عليه ايضا يسقط كلاهما ببراءة الاصيل
لجنسه في الصحيح بقيدنا على ظاهر مذهب اصحابنا لان عليه اي على الكفيل المطالبة
وان كان عليه دينا فبابرائه تسقط ما عليه من الدين ولا يسقط دين الاصيل بدونه
اي بدون المطالبة على تاويل الطلب **قوله** لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصيل وهو
ومن المكفول عنه ولا نعلم فيه خلافا لان التاخير ابراء موقت فانه يسقط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء
المؤبد • **فان قيل** الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الاصيل يرتدان
كلاهما في الرواية في التتمة فكيف يعتبر الوقت بالمؤبد • **قلنا** كلامنا في الثبوت والسقوط اما
قبول الارتداد وعدم قبوله حكم آخر سوى ما نحن فيه فلا يلزم من اعتبارهما في حكم اعتبارهما في جميع
الاحكام • وذكر في الذخيرة الفرق بين المؤبد والموقت في قبول الارتداد وعدم قبوله فقال
ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل وليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بعقد الكفالة
مجرد المطالبة وهذا امكننا نصحح الابراء من غير ان يعتبر وجوب المال عليه لانه موضوع للاسقاط
والاسقاط والاسقاط المحض لا يحتمل الرد كاسقاط الخيار • واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة
وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة بعد الاجل والتاخير قبل الابطال بخلاف الاسقاط المحض واليه
اشار في المبسوط ايضا **قوله** فانه يتاجل عن الاصيل وقال الشافعي واحمد ومحمد في رواية
لا يتاجل عن الاصيل بل يتاجل على الكفيل لان التاجيل ثبت بعقد الكفيل فيتاجل في حقه كما لو اجله
على الكفيل بعد الكفالة • **وقلنا** ان التاجيل كما قارن الكفالة صار داخلا في الدين لانه اي
الطالب لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة يعني حال وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين
فصار التاجيل وصفا لاجل الدين بنظر الاجل في حقهما ضرورة كما في سائر اوصاف الدين من
الجودة والزيافة بخلاف التاجيل بعد الكفالة لانه تاخير حق المطالبة فلم يكن التاجيل وصفا للدين
لان الملتزم بالكفالة حق المطالبة فيكون هو في معرض التاخير لا الدين فلم يتاخر في حق الاصيل
اليه اشار الامام الكشاني والمرغيناني **قوله** فان صالح الكفيل الى آخر المسئلة على اربعة
اوجه ان شرط براءتهما في الصلح برئا جميعا عن خمسمائة او شرط براءة المطلوب فكذلك برئا جميعا
ولو شرط براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بحاله على الاصيل وان لم يشترط براءة كل
واحد منهما بان قال الكفيل صالحتك على خمسمائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب برئا جميعا •
عن خمسمائة لانه اي الكفيل اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل لا على الكفيل فبرئ الاصيل
من ذلك بضرورة اضافته الالف الى الصلح المعهود وهي على الاصيل فبراءة الاصيل فمن ضرورته يبرئ
الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل لانه اوفى هذا القدر ولا خلاف
فيه بخلاف ما اذا صالح بجنس آخر مبادلة فيملكه اي الدين ويرجع بجميع الالف • وعند الائمة الثلاثة
يرجع باقل من الدين ومن قيمة السلعة لانه اوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة
لا يمكن ان يجعل عوضا من خمسمائة لما فيه من الربوا ولا يمكن ايضا التمليك الى الكفيل لان تملك الدين من غير
من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان يجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى يصير
البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة
الى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج الى التمليك لما فيه من الربوا بل هو
اسقاط لخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل وبراءته توجب براءة الكفيل كذا ذكره المرغيناني

والمحبوبي **قوله** ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة وهو المطالبة صورته ما ذكر في المبسوط
على ان براءة الكفيل خاصة عن الباقي وفي شرح الطحاوي • اما الوجه الذي يوجب براءة الكفيل
دون الاصيل ما لو صالحه وشرط في الصلح براءة الكفيل خاصة وان يأخذ دينه من الاصيل وان
شاء اخذ من الكفيل خمسمائة درهم والكفيل يرجع بخمسمائة ان كان الصلح بامره **قوله**
لا يكون الا ايفاء فيكون اقرارا بقبض الدين فيرجع ولو قال برئت من المال ولم يقل الي فهو اقرار بالقبض
عند ابي يوسف • **وقال** ابو حنيفة مع ابي يوسف وعند محمد لا يكون اقرارا بالقبض فبرئ الكفيل
ويحمل البراءة بالابراء فتيقنا بحصول البراءة مطلقا فلا يثبت الاداء بالشك بخلاف قوله برئت الي لانه لا ايفاء
برئت في معنى الابراء مطلقا بل يقال لابراء ابتداؤه من الكفيل وانتهاؤه الى الطالب وذلك لا يكون الا بالقبض
وبخلاف ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض
بالاجماع لان الكتابة جعلت اقرارا بالقبض بحكم العرف • وقال ابو يوسف هو اي قوله برئت مثل
الاول وهو قوله برئت الي لانه اقر ببراءة ابتداؤها من الكفيل على الخصوص فانه ذكر حرف الخطاب
وهو التاء وانما يذكر هذا اذا وجد بفعل مضاف اليه على الخصوص كما في قمت وقعدت والبراءة التي
توجد من الكفيل خاصة هي البراءة بالايفاء لانه يخلي بين الطالب وبين المال ويضع عنده • فاما البراءة
بالابراء لا توجد بفعل الكفيل وانما توجد بفعل الطالب فلا تكون البراءة حينئذ مضافة الى الكفيل وما
قاله محمد انما يستقيم اذا كان الاحتمال على السواء وقد ترجح احد الاحتمالين وهو البراءة بالقبض لانه كالحقيقة
والاخر كالمجاز • **وقيل** برئت مطاوع ابرأتك فيكون حقيقة ايضا • واختلف مشايخنا المتأخرون
فيما اذا قال المدعى عليه ابرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي • **قيل** يكون اقرارا كما لو قال ابرأني من
هذا المال • **وقيل** لا يكون اقرارا لان الدعوى قد يكون حقا وباطلا ولو قال الطالب للكفيل انت في
حل من المال فهو كقوله ابرأتك باجماع الائمة الثلاثة لان لفظ الحل يستعمل في البراءة بالاجماع بالابراء
دون البراءة بالقبض كذا ذكره المحبوبي **قوله** **وقيل** في جميع ما ذكرنا الى اخره • في الكافي هذا كله
اذا غاب الطالب فان كان حاضرا يرجع اليه انه قبض المال او لم يقبض لانه هو المجمل • **فان قيل**
المجمل ما لا يمكن العمل به الا بالبيان وههنا العمل ممكن في الاوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكر من وجوه
البيان خصوصا في الوجه الاول لانه بين البراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب بمنزلة
قوله دفعت الي او نقدته مني فلا يكون فيه اجمال وكذلك في الثاني • ولهذا الاختلاف فيه انه ابراء
دون القبض • وفي الوجه الثالث عمل محمد بتيقن وابو يوسف رجح الابراء بالعرف كما ذكرنا فلا يكون
مجملا • **قيل** في جوابه انه قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق الايفاء والقبض من حيث
الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان قال برئت الي لاني ابرأتك وان كان بعيدا عن
الاستعمال • وما ذكروا في تعليل الاوجه الثلاثة كلها استدلال لا صريح في الايفاء وعن الايفاء ولهذا
جعلت الائمة الثلاثة الكل الابراء دون الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالصريح فلما امكن العمل
بالصريح البيان من الطالب سقط العمل بالاستدلال وفيه تأمل **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة من
الكفالة بالشرط بان قال اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة • **قيل** المراد بالشرط الشرط المحض الذي
لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجيء الغد لانه غير متعارف • اما اذا كان متعارفا فيجوز
كما في تعليق الكفالة فانه ذكر في الايضاح لو كفل بالمال وبالنفس ايضا وقال ان وافيتك غدا فانا
بريء من المال فوافاه غدا برئ من المال فقد جوز تعليق البراءة باستيفاء البعض يجوز وعلق البراءة عن
البعض بتعجيل البعض يجوز ذكره في مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان المراد بالشرط الشرط الغير المتعارف

واختلاف الروايتين في جواز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط وعدم جوازه الذي ذكره في الكتاب بقوله
ويروى انه يصح على هذا اي لا يجوز تعليقها بشرط غير متعارف • ويروى يصح بشرط متعارف كما في تعليق
الكفالة **قوله** لا يجزي فيها اي في العقوبة النيابة ولا نعلم فيه خلافا اذ مقصوده بالعقوبة زجر
العاصي وبإقامته النيابة على غير الجاني لا يحصل ذلك **قوله** وان تكفل عن البائع اي للمشتري بالمبيع
اي بالمبيع بعينه لم يصح لانه غير مضمون بغيره وهو الثمن • اعلم ان الكفالة بالديون المستقرة تصح بلا خلاف
وبالاعيان الغير المضمونة كالودائع والامانات والمستعار عندنا ومال المضاربة والشركة لا تصح بلا خلاف
وبالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا • والمقبوض على سوم الشراء يصح عندنا وبه
قال احمد والشافعي في وجه • وقال الشافعي في وجه لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة فلا يتصور
العقد على ابقائها من عنده • وشرط صحة الكفالة قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذا فيما يثبت
في الذمة لا في العين • **وقلنا** الكفالة بما يكون مضمونا على الاصيل تصح لان الكفالة ضم ذمة الى
ذمة في المطالبة فينبغي ان يكون مضمونا على الاصيل ليكون الكفيل مطالبا به • فاذا كان مضمونا على
الاصيل فيكون رد العين او القيمة مضمونا على الاصيل فتجوز الكفالة بها • واما قوله لا يقدر على
الاداء من عنده • **قلنا** نسلم ما التزمه متصور في الجملة فيصح التزامه لان ما يلزمه بعقده
يعتبر فيه المتصور فالواجب فيه اي في الاعيان المضمونة بعينها اي بالقيمة على الكفيل تسليم عينها
عند القدرة وتسليم قيمتها ان لم يقدر بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها اي بالمبيع والرهن فان المبيع
مضمون بالثمن والمرهون بالدين لا القيمة فلا يصح ضمانه ايضا عندنا لانها غير مضمونة على الاصيل •
حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن فلا تصح كفالتها لما قلنا ان الكفالة التزام المطالبة بما على
الاصيل فلا تتحقق الكفالة وكذا الرهن لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا دينه بهلاكه ولا يلزمه
حق فلا يلزم الكفيل شيء اليه اشار شيخ الاسلام في مبسوطه **قوله** لانه اي الكفيل التزم فعلا
واجبا اي على الاصيل وهو تسليم المبيع المرهون والمستأجر فلو هلك المبيع او الرهن او المستأجر
بطلت الكفالة ولم يكن على الكفيل شيء لانه ما ضمن الثمن في المبيع او القيمة في غيرهما • وعن ابي يوسف
ومحمد العين في يد الاجير المشترك مضمونة فتصح الكفالة بها عندهما خلافا لابي حنيفة وفي الذخيرة
الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة • وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها لا يجوز وقال
شمس الائمة الكفالة بتسليم العارية باطلة وهذا ليس بصواب فقد نص محمد في الجامع ان الكفالة
بتسليم العارية صحيحة وهكذا في المبسوط والايضاح • وعند احمد يجوز ضمان العارية لانه مضمون
عنده كالمغصوب **قوله** لم تصح الكفالة بالحمل فيه ذكرنا اذ بغير الدابة لا يجوز في الصورتين لانه
اي الكفيل عاجز عنه اي عن تسليم الدابة المعينة لانها ملك الغير والمستحق الحمل عليها • اما لو كانت
بغير عينها جاز لان المستحق نفس الحمل لا الحمل على الدابة المعينة ويمكنه الحمل على دابة نفسه • وفي النهاية
المكفول به في المعينة شأن الحمل على الدابة المعينة وهذا المكفول به عند تركيبه بهذين الشيئين غير
مقدور للكفيل لانه لو كان له دابة فلا يكون الحمل عليها على تلك الدابة المعينة فلذلك لا يكون الكفيل
قادرا على المكفول به وانما قلنا ان المراد من هذا لان الكفيل لو كفل بكل واحد من هذين المركبين فانه
جائز حتى لو استأجر رجل ابلا معينة عن رجل فكفل رجل بتسليمها من المستأجر فانه ذكر في المبسوط
ولو كفل بحمل ابل غير معين يجوز على ما ذكر في الكتاب فعلم ان عدم الجواز فيما اذا كان مركبا من هذين الشيئين
قوله عبدا للخدمة اي معينا وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في مسئلة الدابة **قوله** وهذا
اي اشتراط قبول المكفول له عندهما وبه قال الشافعي في وجه • وقال ابو يوسف لا يشترط

ولا بقوله وبه قال الشافعي في الاصح وفي قول مالك ومالك واحمد **قوله** في بعض النسخ اي نسخ كفالة المبسوط الاجازة على قول ابي يوسف والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا اي واحد وفي الكافي واختلفوا في قول ابي يوسف فقيل يجوز عنده بوصف التوقف حتى لو رضي الطالب نفذ **وقيل** جوز بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط وهو الاصح عنده • وفي شرح المجمع وافتى بعض المشايخ بقول ابي يوسف رفقا بالناس له اي لابي يوسف انه اي عقد الكفالة تصرف التزام للغير فيتم بالملتزم كالاقرار والنذر ولهذا يصح مع الكفالة وجه التوقف الى اخره يعني من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا تزوج امراة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كانه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه لانه لا ضرر على احد في هذا التوقف **قوله** ولهما ان فيه اي في الكفالة معنى التمليك في المبسوط الكفالة تبرع على الطالب بالالتزام وانشاء سبب التبرع لا يتم الا بالتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة فلا تتم الا بالايجاب والقبول فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس فيبطل بالقيام عن المجلس بخلاف الاقرار فانه اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر وعلى هذا فضولي عن الطالب يتوقف على قولهما على اجازة الطالب وقد يتعدى ضرر هذا الالتزام الى الطالب فان على قول بعض العلماء الكفالة اذا صحت برئ الكفيل الاصيل ولعل الامر يرجع الى قاض يحكم ببراءة الاصيل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه فلذلك لا تصح الكفالة الا بقوله • وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له حيث تصح استحسانا • وفي القياس لا يجوز على قولهما لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا الورثة او لغريم لا يصح اذا ضمنوا فكذا المريض • وفي الاستحسان تصح لان حق الغرماء والورثة او لغريم لا يصح يتعلق بتركته بمرضه على ان يتم ذلك بموته وتتوجه المطالبة على الورثة نقضا لديونهم من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب او نائبه لانه يقصد النظر لنفسه حتى تفرغ ذمته بخلاف ما اذا كان صحيحا فانه لا حق لاحد في ماله ولا يطالبه بشيء من دينه قبل ورثته فلا يقوم هو مقام الطالب في الخطاب لهم بهذا الضمان كذا في الايضاح والمبسوط ولهذا قالوا اي المشايخ انما يصح اي عقد الكفالة بدون قبول الطالب اذا كان له اي للمريض مال لانه عند الموت اذ الوصية تصح في المال عند الموت او يقال انه اي المريض قام مقام الطالب لحاجته اي لحاجة المريض الى اقامة نفسه مقام الطالب في تفريغ ذمته كما ذكر في المبسوط والايضاح • وفيه اي في اقامة نفسه مقام الطالب نفع الطالب وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر اي الطالب بنفسه ولا يشترط القبول اي قبول المريض لانه اي المريض يراد به اي بقوله تكفل عني التحقيق دون المساومة بمنزلة سواء مقدر وهو ان يقال لما كان المريض مقام الطالب ينبغي ان يكون قبول المريض شرطا كما يشترط قبول الطالب لما ان الكفالة لا تصح بدون قبوله عندهما لانه عقد تمليك فصار كما قال المشتري لرجل بعني فقال البايع بعته لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت • ولا يقوم قوله يعني مقام قوله اشتريت فقال في جوابه فالظاهر ان حال المريض ان يريد بهذا التحقيق دون المساومة فكان قوله تكفل عني بمنزلة قبلت الكفالة فلذلك لم يصح واما كان هذا تحقيقا لتفريغ ذمته عن الدين فصار كقول الرجل لامراة زوجيني نفسك فقالت زوجت كان هذا بمنزلة زوجت وقبلت • **قوله** اختلف المشايخ فيه **قيل** لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب نقضا دينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء فلما كان كذلك ولو قال الصحيح لاجنبي او وارثه ذلك لا يصح بدون قبول الطالب فكذا في المريض • **وقيل** يصح هذا الضمان من

الاجنبي

الاجنبي لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه يامر يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فاخذ ثانيه بالقياس ثم هذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين لانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بان يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية كذا في المبسوط **وقيل** في تعليل الكتاب بقوله لان ذلك وصية في الحقيقة نظر اذ لو كان وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وقد ذكرنا من المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة الا ان يقال هذا ونقول لان ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد **قوله** فكفل رجل عنه اي عن الميت المفلس سواء كان الرجل اجنبيا او وارث الميت او ابنه لا تصح الكفالة عند ابي حنيفة وقالا اي ابو يوسف ومحمد تصح وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لعموم قوله عليه السلام الزعيم غارم • ولهما روي انه عليه السلام اتي بجنازة انصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلوة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة • وفي رواية علي وقال هما علي يا رسول الله فصلى عليه عليه السلام • فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه عليه السلام بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت لانه اي الدين وجب والدين الواجب في حياته لا يسقط الا بالايفاء او الابراء او انفساخ سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق ولهذا لا يطالب به في الاخرة والكفالة تبنى على كون الدين مضمونا مقدورا التسليم وبالموت ما تغير الوصف لما ذكرنا انه لا يتحقق شيء من ذلك وقدرة التسليم للكفيل بعد موته من ماله باقية فلا تسقط كذا في المبسوط والاسرار ولو تبرع به اي باداء الدين انسان • ولو برئ المفلس عن الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الاخذ من المتبرع وكذا يبقى الدين اذا كان به كفيل ويبقى على كفالته ولو سقط الدين بالموت تسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل • **قوله** كفل بدين ساقط فلا يصح والكفالة بالدين ولا دين محال هذا لان الدين عليه تمليك طايفة من ماله لغريمه وبعد ما مات لا يتصور ذلك منه فيستحيل بقاؤه وانما الحق الدين بالمال في حق بعض الاحكام كوجوب الزكوة وغيره لانه يؤول اليه في المال بواسطة الايفاء وقد عجز عنه بنفسه وخلفه اي كفيله ففات عاقبة الاستيفاء فسقط في احكام الدنيا ضرورة واذا كان كفيل به فخلفه باق • وكذا اذا كان له مال فما يقضي الى الاداء لانه استوفى من المال فيجعل باقيا في حق احكام الدنيا واذا تبرع به غيره صح لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجوب الدين على ان صحة التبرع بناء على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر في حق من عليه دون من له • فاما الكفالة بين الكفيل والاصيل لانه ملتزم ما على الاصيل • واما المروي من حديث ابي قتادة او على يحتمل ان يكون ذلك اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء والكفالة سواء ولا عموم لحكاية الفعل ويحتمل ان يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان امتناعه عليه من الصلوة عليه ليظهر طريق قضاء ما عليه فلما ظهر بوعدهما صلى عليه فهذا يؤيد ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الان بردت عليه جلدته ولم يجبر على الاداء وبه تبين انه كان وعدا لا كفالة • واما الجواب عن المعنى فهو ان الكفالة الالتزام المطالبة للمضمون الذي على الاصيل • ودين الميت المفلس في حكم الساقط من جانب المديون في احكام الدنيا والكفالة من احكام الدنيا فيقتضي وجوبا دنياويا من الدين ليثبت حقيقة الكفالة الكل من المبسوط • **فان قيل** ههنا مسائل تدل على بقاء الدين في احكام الدنيا وتدل على ان عدم جوازه اي المطالبة لا يدل على سقوطه منها ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل البيع ولو ملك الثمن الدين بموته مفلسا لم يبطل البيع كما لو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع لهلاك

الثمن في نفسه ولم يبطل هنا علم ان الدين باق في حق حكم الدنيا • ومنها انه لو كان بالدين كفيل يبقى على
كفالته بموته مفلسا والكفالة من احكام الدنيا فلو سقط الدين عنه في حكم الدنيا لما بقيت كفالته
لما ان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل • ومنها لو كان بالدين رهن يبقى الدين عليه مفلسا وبقا
الرهن لا يكون الا باعتبار الدين • ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحيوة كالعبد
المحجور اذا اقر بدين عليه ثم كفل عنه كفيل به صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فلذا ما نحن فيه
قلنا اما الجواب عن الاول ان الدين لا يبطل في حق المستحق حتى لو تبرع به اجنبي جاز له ان ياخذ
عن دينه وسقوط الدين عن المفلس في حقه لضرورة فقدان المحل فيتقدر بقدر الضرورة والكفالة بعد
قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا واما اذا كسدت الفلوس بطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض
العقد • واما هنا فالدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وكذا لو مات مفلسا عن كفيل
لا يبرا الكفيل بموته لان ذمة الكفيل خلف عن ذمة المديون بعد صحة الكفالة في حياته وقد تحول
الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند اداء الكفيل والهبة له على ما ذكرنا وقد تحققت الضرورة
هنا فبقي الكفيل في كفالته وكذا الرهن فان الرهن خلف عن ذمة المديون فيما هو المقصود وهو
الاستيفاء منه عند تعذر استيفائه من محل اخر فان له ذمة صالحة لوجوب الحق وان ضعفت ذمته
بسبب الرق فتصح الكفالة عنه وان لم يطالب به لرقه وحجر المولى كان الدين ثابتا في ذمة المفلس الحي
وان كان لا يطالب به بالنص قال تعالى فنظرة الى ميسرة • اما اذا مات لخرج من ان يكون اهلا لالتزام
شيء من الحقوق في احكام الدنيا فعرف ان ذمته لم تبق صالحة لكونها محلا للحق ولكنه في احكام الاخرة
بعد للحيوة يبقى في احكام الاخرة اذ القبر للحيوة ليوم التناد كالمهد للاولاد كذا في المبسوط والاسرار
قوله ومن كفل عن رجل بالف عليه اي على الرجل بامره اي بامر الرجل وهو المديون فقضاه اي فقضى
الرجل المديون الكفيل اي اداه الالف قبل ان يعطيه اي يعطي الكفيل الالف على تاويل المال صاحب المال
بالنصب لانه مفعول ثاني ليعطيه فليس له اي للرجل المديون ان يرجع فيها اي في الالف بان ياخذها
من يد الساعي • وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترد قبل
نقض البيع لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير ثمنا عند مضي الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك
الاحتمال ليس له ان يسترده ولانه سعى في نقض ما تم من جهته فلا يصح قوله ولانه اي الكفيل ملكه
اي الالف بالقبض وبه قال الشافعي في وجه • وقال في وجه قبل الاداء به • وقلنا انما ملكه
بالقبض اذا كان الدفع الى الكفيل على وجه الاقتضاء بان دفع اليه وقال لا امن ان ياخذ الطالب
منك حقه وانا اقضيك قبل ان تؤدي فقضى وهو قبضه • وقوله على ما نذكر وهو قوله بعد تخطين
اما اذا قضى الدين فظاهر الى اخره بخلاف ما اذا كان الدفع الى الكفيل على وجه الرسالة نحو ان يقول
الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب حيث لا يصير ملكا للكفيل بل هو امانة في يده
ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد
يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه وان ربح الكفيل فيه اي في الالف المقبوض فهو اي الربح له لا يتصدق
به هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء • اما اذا قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة
ومحمد لانه امانة في يده قوله نظاير لانه قبض ما هو واجب له عليه فيملكه من حين قبض لانه
استعجل الدين المؤجل فيملكه بالاستعجال كسائر الديون المؤجلة • وفي المبسوط الكفالة توجب
الدينين دينا للكفيل على الاصيل ودين للطالب لكن دين الكفيل مؤجلا الى وقت الاداء لانه مطالبه
الاصيل بعد الاداء • ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال يصح بمنزلة ما لو اخذ رهنا

بدين مؤجل ولو ابرا الكفيل الاصيل من الدين او وهبه منه حتى لو اداه الكفيل بعد ذلك الى الطالب
لا يرجع به على الاصيل قوله لانه وجب له اي لان الكفيل وجب له اي للكفيل ما وجب للطالب عليه اي على
الكفيل • وقيل على المكفول عنه لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة لا في الدين
ولكن ذكر في جامع المحبوبي وقاضيخان ان الدين وجب للطالب على الكفيل فيكون الضمير في عليه راجع
راجع الى الكفيل قوله الا ان فيه اي في الربح نوع خبث اي على قول ابي حنيفة اي اذا قضى المديون
الدين ففيه نوع خبث اما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه بالاتفاق • تنبيه في مسئلة الكفالة
بالكر وقد قررناه في البيوع في اخر فصل احكام البيع الفاسد • ولو كانت الكفالة بكر حنطة
فاعطاها الاصيل الى الكفيل ثم باعها الكفيل فالربح له في الحكم اي في القضاء لما مر انه ملكه ويستحب
ان يرده على الذي قضاه الكر اي المكفول عنه ولا يجب عليه في القضاء قوله موله اي الربح للكفيل
لا يرده على الذي قضاه اي المكفول عنه وهي رواية عنه اي عن ابي حنيفة • وعنه اي عن ابي حنيفة
انه اي الكفيل يتصدق بالربح • قال شيخ الاسلام ليس في المسئلة اختلاف الرواية عن ابي حنيفة بل
ما ذكر في الصلح وهو قولهما جواب القياس وما ذكرنا جواب الاستحسان ووجه الاستحسان ان ما
قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداد ما قبضه الكفيل حال قيام الكفالة
بقضاء نفسه واسترداد المعترض حال قيام العقد من حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد • وانما قلنا
حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل بل ينتهي نهايته كما لو ادى الكفيل بنفسه فلما كان
المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه • ولما كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكيلا او
موزونا ملكا فاسدا وتصرف فيه وربح يجب التصدق بالربح او الرد على المالك لان الخبث كان لحقه
فيرتفع بالرد عليه كالغاصب اذا اجر المغصوب ثم رد المغصوب فان الاجر له يتصدق به او يرده
على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه • ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب
التصدق بالربح ولا الرد فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق او الرد على الاصيل عملا بالشبهين
بقدر الامكان اولانه اي الاصيل رضي له اي يكون المدفوع ملكا للكفيل قوله لم يكن اي الاصيل راضيا به
اي يكون المدفوع ملكا للاصيل للكفيل وهذا الخبث يعمل فيما يتعين • وفي جامع قاضيخان الملك قاصر
ولو انعدم الملك اصلا كان الربح خبيثا فاذا قصر الملك تمكن فيه شبهة الخبث فلا يطيب لان الخبث لحقه
اي لحق الاصيل لا لحق الشرع وهذا اصح اي الرد على المديون اصح لان الخبث لحقه والرد له لكنه اي الرد
عليه مستحب لان الملك للكفيل فلا يجبر على دفعه الا انه لما تمكن الخبث يستحب الدفع اليه بخلاف
الربح ولو رده على الاصيل ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه
يطيب له لانه انما رد عليه لان حقه كذا في جامع قاضيخان • وفي الكافي هذا اذا اعطاه على وجه القضاء
اما لو اعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الرسول وربح لم يطب له الربح سواء كان ثمنا او مما يتعين
لانه مودع والمودع اذا تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد • وطاب
له عند ابي يوسف لما عرف قوله فامر الاصيل ان يتعين اي امر الاصيل الكفيل ان يتعين عليه اي على
الكفيل فكان معنى قوله تعين يعامل انسانا بطريق العينة بان قال تعين على اي اشتر لي حريرا بالعينة ثم بعه
بالنقد باقل منه واقض ديني فاذا فعل يصير الوكيل مشتريا لنفسه كما لو وكله بشراء شيء لانه لم يصر عنه
وكيلا لجهالة هذا الامر لانه لم يتبين مقدار الحرير ولا مقدار الثمن ومثل هذا التوكيل لا يصح فاذا صار مشتريا
لنفسه فالربح الذي ربحه البايع على المشتري وهو الكفيل للعينة صورة احدهما ما ذكر في الكتاب
والثانية ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فيبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان

المستقرض بيعه من الثالث بعشرة وسلم ثم يبيع الثالث من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها
الى المستقرض فتندفع حاجته وانما توسط الثالث احترازا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن • وفي
جامع قاضي خان اختلفوا في صورة العينة ذكر ما بين الصورتين ثم قال وقال بعضهم صورته ان
يقرض خمسة عشر درهما ثم يبيع المقرض من المستقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الدراهم
المدفوعة التي اقرضها اولا ولم يخرج عن ملكه الا عشرة • وفي فتاوى الكبرى صورته ان يبيع المستقرض
سلعة من المقرض بعشرة وسلم اليه ثم قال المستقرض بعني بأثني عشر فباعها جاز وان تقدم الشرط
وفي محيط السرخسي صورته باع متاعه بالفين من المستقرض الى اجل ثم يبعث متوسطا ليشتري المتاع
لنفسه بالف حالة ولا يقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بالف ثم يحيل المتوسط بائعه على
البائع الاول بالثمن الذي عليه ويخرج من الوسط فيدفع البائع الاول الالف حالة الى المستقرض
ويأخذ منه الفين عند حلول الاجل وهذا البيع جائز في الكل فقال ابو يوسف لا يكره لانه فعل
ذلك كثير من الصحابة وحمدوا ذلك ولم يعدوه من الربوا حتى قال لو باع كاغدة بالف يجوز ولا يكره
وقال محمد هذا البيع في قلبي كامثال الجبال اي لها شبهة كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا
وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر
عليكم عدوكم • وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم • وقيل اياك
والعينة فانها لعينة • قال المرغيناني في فوائده ومصداق هذا الحديث ما دهمنا من البلاء وبما
والتوا والناس في زماننا بعضهم اشتغلوا بالعين فابتلوا بهذه الفتن • وبعضهم اقبلوا على الحرث في
الزراعة فتفرغوا بمقارعة ذات باس وطاعة وعلماؤهم اخذوا في قتراب ابواب السلطان في اخذ
بانواع الافتنان • ربنا ظلمنا انفسنا وان لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين • خصوصا في هذا
الزمان الذي نحن فيه حيث نزل هذا البيع منزلة البياعات الصحيحة بالنسبة الى بياعات هذا
الزمان فلا جرم ابتلونا ببلايا اشد مما كان البلاء فيما قبلهم ذكره الامام المحبوبي • وعن محمد بن سلمة
كان شيخ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم • قال مشايخ بلخ بيع العينة في زماننا
خير من بياعاتكم • وعن ابي يوسف بيع العينة جائز ماجور واجر لمكان الفرار من الحرام ذكره في
فتاوى قاضي خان • ثم قيل هذا اي قوله تعين على ضمان لما خسر المشتري فقد قال بعض المشايخ تعين
هذا توكيل لا ضمان كما ذكرنا لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ تعين ساحر سرا
مكان على • وبعضهم قال هذا ضمان الاصيل بقوله تعين على لان معناه ان تعت بالتلف من ذلك فالخسران
علي والخسران غير مضمون على احد والكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون فلا يصح ضمانه كمن قال لآخر
بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران نصيبك فانا ضامن به كان باطلا كذا في جامع
المحبوبي وليس بتوكيل لانه لم يقل بعني لي بل قال تعين على وهي كلمة ضمان لا كلمة وكالة وكذا الثمن غير
متعين اي غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين يعني والثمن معلوم بمقدار الدين لكن ما زاد على الدين غير
معلوم اذ بيع العينة لا يكون الا باكثر من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولة لانه لا يعلم كم يزيد البائع
على قيمة السلعة **قوله** وكيف ما كان اي سواء كانت كفالة باطلة او وكالة فالشراء للمشتري **قوله** ولو اقام
اي بينة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه لانه كفل بما قضي له على الاصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال
مقضيا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه
البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا واحمد • ويصح عند الشافعي ومالك واذا لك
توقف ثبوت البينة والقضاء عن المكفول عنه الى ان يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضي به على الاصيل كما

شرط

شرط في حق الكفالة الا ترى انه لو اقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا
حضر الاصيل وقضي عليه فحينئذ يلزم الكفيل • وقيل ذلك كانت بينة على الغائب والبينة على الغائب
لا تسمع عندنا حتى لو ادعى ان قاضي بلد كذا قضى على الاصيل بمال عقد الكفالة بالمال واقام البينة على
ذلك قبلت كذا في شروح الجامع الصغير **قوله** او بما يقضي به معطوف به على قوله بمال قضي يعني
كفل بمال مقضي به على الاصيل بعد الكفالة فما لم توجد هذه الصفة لا يكون كفيلا به **قوله** وهذا اي لو
ذاب او قضي له • وفي الكافي وهذه العبارات وان كانت للماضي فقد اريد بها الاستقبال عرفا كما يقال
اطال الله بقاك ان بطيله كذا يكتب في المواثيق تعهد فلان بن فلان بكذا وعاد به المستقبل والدعوى
مطلق على ذلك اي المدعي لم يتعرض في دعواه ان القاضي قضى به بعد الكفالة او وجوب المال بعد
الكفالة وليس من ضرورة كون الالف على الاصيل ان يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ففسدت دعواه
وهو معنى قوله فلا يصح اي لا تصح دعواه • حتى قال الطالب قد ثبت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي
واقمت البينة وقضى عليه بذلك المال فصرت وكيلا بذلك صحت دعواه حتى لو اقام بينة على ذلك قضى
القاضي على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف والكفالة بامره وبغير امره سواء الا انه لا يرجع
في غير الامر لانه في غير الامر يكون القضاء على الكفيل خاصة كذا في جامع شمس الائمة • ولو ضمن ثمن ما بايعه
او اقرضه بعد ما جحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد نصفه ولا يمكن
القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه **قوله** وانما تقبل اي اقامة البينة
من المدعي حتى يقضي بها على الكفيل لان المكفول به مال مطلق غير موصوف بكونه مقضيا به بعد
الكفالة كما كان موصوفا به في المسألة المتقدمة وهي مسألة ما ذاب او قضي له عليه على ما ذكرنا فاقام
البينة على وفق ما تقدم **قوله** وانما يختلف اي حكم القاضي بالرجوع على الاصيل بالامر وعدمه
وهذا اشارة الى ما ذكرنا قبله من ان المدعي اذا اثبت كفالة الكفيل بامر الاصيل كان حكم القاضي بتلك
البينة حكما على الكفيل خاصة • فان قيل لو ادعى المال وابهم بان قال هو كفل عن فلان بكل ما له
قبله من المال فجحد الكفيل واقام المدعي بينة على الكفالة والمال قضي بالكفالة والمال على الاصيل الغا
سواء ادعى الامر او لا فما الفرق بينهما • قلنا الفرق ان المدعي متى كان مالا مقدرا امكن اثباته
على الكفيل باعتبار اقراره نظرا الى كفالته لتضمنها الاقرار بالمال فلا حاجة الى تعدية المال الى الاصيل
والايصال منتف وفيما اذا ابهم لا يمكن اثبات المال على الكفيل باعتبار اقراره لبطلان الكفالة بصفة الابهام
فدعت الضرورة الى اثبات كفالة متعدية الى الاصيل عملا بالبينة • وفي الجامع الكبير المسألة على اربعة اوجه
اما ان كانت الكفالة مطلقة بان قال كفلت بما لك على فلان او مقيدة بان قال بالف على فلان وكل على وجهين
بالامر او بغير الامر فان كانت مطلقة فبالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بالامر او عدمه لان
الطالب لا يتوصل الى حقه من الكفيل ولا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا الان الفوك للكفيل انه ليس للطالب
شيء على الاصيل فاذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا وعندنا القضاء على الغائب لا يجوز
الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا هذا طريق من اراد اثبات الدين على
الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال • وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي
عليه مثل هذه الكفالة فيقر بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي بينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرأ
الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من يدعي حقا عليه لا يثبت عليه الا بالقضاء عن الغائب كان الحاضر
خصما عن الغائب وهذا استحسان اخذ به علماؤنا صيانة لحقوق المسلمين • والقياس ان لا ينتصب الحاضر خصما
عن الغائب ولا يصح القضاء على الغائب كذا ذكره المرغيناني والتمرتاشي والمحبوبي وبحث هذا في ادب القاضي بتمامه

قوله لانهما اي الكفالة بغير الامر يتغايران في المعنى وهو قوله لان الكفالة بالامر اخ ويتغايران في الحكم
ايضا وهو الرجوع وعدم الرجوع فلما كانا متغايرين معنى وحكما فبدعواه احدهما اي احد عقد الكفالة
لا يقضى له بالاخر قوله يثبت امره اي امر الاصيل وهو اي الامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال لانه
لما ادعى الكفالة بالامر واثبتها بالبينة لا يمكن القضا بكفالة اخرى ومن ضرورة القضا بالكفالة بالامر
القضا على الغائب لان امر الاصيل بالكفالة بالمال اقرار بالمال كذا ذكره قاضي خان فيصير اي الاصيل
مقضيا عليه قوله لا يمس جانبه اي جانب الاصيل لانه اي الامر والبيان تعتمد صحتهما اي صحة الكفالة
قيام الدين في زعم الكفيل بفتح الزاي لان زعم لغة اكثر القراء في قوله تعالى فقالوا هذا لله بزعمهم وقرا الكسائي بالضم
والاخذ باللغة التي هي قراة الغلبة اولى اي لا يشترط لصحة الكفالة قيام الدين على الاصيل بل وجوده
في زعم الكفيل كاف لما ان المرء مواخذ بزعمه وهنا لم يثبت الدين في زعمه لانكاره الكفالة حيث اثبت
الكفالة بالبينة جعل ثابتا في زعمه شرعا لا عبرة لان الكلام فيما اذا اثبت الكفالة بغير امر الاصيل فلما كان
كذلك لم يتعد وجوب الدين من الكفيل الى الاصيل وقد ذكرنا انه ليس من ضرورة وجوب المال
على الكفيل وجوبه على الاصيل ولان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو اثبت امره بالكفالة عيانا
كان حكمه ما قلنا وكذا اذا اثبت بالبينة قوله وقال زفر ولو ثبت امره بالكفالة لا يرجع الكفيل
على الاصيل لانه اي لان الكفيل لما انكر يزعم ان الطالب ظالمه والمظلوم لا يظلم غيره • وقلنا لما قضى
القاضي عليه نفذ الكذبه فيما زعم فبطل زعمه كمن اشترى شيئا واقر ان البايع باع ملكه ثم استحقه
اخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البايع كذا ذكره شمس الايمة وقاضي خان • فان
قيل يشكل عليه قول فيمن اشترى عبدا ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب
فعند محمد لا يرده على بايعه خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه بالقضا بالبينة • قلنا انما لا يرده على
بايعه لان قوله لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني
دون الاول لان قيام البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا كذا ذكره المحبوبي قوله وكفل رجل عنه
بالدرك ضمان الدرك صحيح باجماع الفقها وهو المنصوص من مذهب الشافعي وخرج ابو العباس الشافعي
قولا اخر انه لا يصح وضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو اي ضمان الدرك تسليم
وتصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع حتى لو ادعاه الكفيل لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صح رجع
المشتري عليه بالثمن بحكم الكفالة فلا يفيد • ثم دعواه سعي في نقض ما تم من جهته • ومن سعى في
نقض ما اوجبه ضل سعيه في الحياة الدنيا • ولهذا لو كان الكفيل شفيعا تبطل شفعته وشرط الكفالة
الدرك ملايم العقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فالمراد بها اي بالكفالة احكام
البيع وترغيب المشتري في البيع اذ يحتمل ان لا يرغب المشتري في تملك هذا المبيع بالشري خوفا من الاستحقاق
فيكفل تسكينا لقلبه فصار كانه يقول بهذه الكفالة اشتر هذا المبيع ولا تبال فان لحقك ذلك فيما
يشتري فانا ضامن فيكون مقرا بملك البايع فلا تصح دعواه بعد ذلك اصلا • واطلاق جواب الكتاب
يدل على هذا ذكره المرغيناني وقاضي خان قوله ولو شهد وختم قيل لفظ الختم وقع اتفاقا باعتبار
عادة العرب فانهم يختمون بعد كتابة اسمهم على الصك • اما الحكم لا يتفاوت بين ان ختم او لم يختم قال
الامام الحلواني تفسير الختم اذا كتب اسمه في الصك ان يجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ويضع عليه نقش
خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل وهذا عرف زمانهم • اما زماننا هذا العرف لم يبق قوله
اي المشايخ جواب الكتاب محمول على ما اذا كتب شهد فلان بالبيع او الشرا او كتب جرى البيع بمشهدي
او كتب اقر بالبيع والشرا عندي • اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كتب في الصك

باع

باع فلان كذا وهذا قرانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك يصح دعواه

فصل في الضمان

هذه مسايل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان ففصلها لتغاير اللفظ وان كان معنى الضمان والكفالة
واحدا ولهذا سمى اكثر الفقها باب الكفالة باب الضمان قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له اي لذلك
الثمن يعني باع الوكيل ثوبا للموكل وضمن الثمن للموكل قوله ولان اي المطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب
اذ حقوق العقد ترجع الى العاقد فاختص المطالبة به فلو صح الضمان منه يصير ضامنا لنفسه وانه
لا يجوز بخلاف الوكيل بالنكاح فان المهر من الزوج يصح لانه سفير ولهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير
ضامنا لنفسه كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي على قياس قول الايمة الثلاثة • ينبغي ان يصح هذا الضمان
لان للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامنا لنفسه كما في النكاح قوله ويرد عليه اي على الضامن
كاشتراط اي كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانه لا ضمان عليهما شرعا فاشتراطه يكون تغييرا
للمشروع فلا يجوز • ومن عليه السهو اذا سلم بنية قصد الخروج فيرد عليه ولا يخرج حتى لو كان له ان يعود الى
سجدتي السهو • ومن نذر ان يصوم غدا وعليه قضا رمضان يجوز له صوم القضا فيرد عليه نيته بتعيينه
الغد لصوم النذر لانه يعتبر المشروع وهو صلاحية الغد لصوم القضا قوله لانه صح الضمان الى قوله
ولو صح في نصيب صاحبه يعني ان هذا الضمان لو صح اما ان يصح مع بقا الشركة او لا مع بقايها فلا يجوز
الاول لما مر ان كل واحد يصير ضامنا لنفسه لان ما من جز من الثمن الا وهو مشترك بينهما ولا يجوز
الثاني لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض حتى امتاز نصيب احدهما والدين لا يحتمل القسمة قبل القبض
لان القسمة افراز والافراز يتحقق في الاعيان لا في الاوصاف والدين وصف ولان في القسمة معنى التمليك
وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز كذا في جامع قاضي خان ولانه لو جاز ضمان احد الشريكين
لاخر يبطل من حيث يجوز لان الضامن يقول انا قايم مقام المشتري والمشتري اذا دفع اليك شيئا فانا
شريك فيه في ذلك الشي لبقا الشركة فلذلك ارجع الى بنصف ما غرمت اليك فيبطل الضمان انتهاء لو جاز
ابتداء لان الضامن شريكا فيما ادى الى الشريك الى ان يبقى فيه الجزء الذي لا يتجزى فهذا معنى قول المشايخ
ان يجوز هذا الضمان ابتدا ابطاله انتهاء • فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في هذه المسايل لو صح الضمان
اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا
وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض ولا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على
ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب
شريكه ولكن التعويل على ما ذكرنا كذا في الفوايد الظهيرية قوله بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان
سمى كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر ولهذا لو اخذ احدهما شيئا من المشتري لا يشاركه
الاخر فلا يصير ضامنا لنفسه بخلاف الفصل الاول قال الامام قاضي خان ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول
من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وجواز
التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اوسع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا يصح
الكفالة قوله فان قيل الكل اي فان قبل المشتري الكل بكلام واحد لما مر في البيوع ان تفريق الصفقة
يكون بتفريق الثمن بتسمية كل واحد من الثمن للبايعين وان كان المشتري واحدا وقبلهما بكلمة واحدة وفي
لفظ الكتاب تخليط وقد فصله المحبوبي حيث قال ان كان البيع صفقتين بان سميا لكل نصيب ثمنا صح ضمانه
لانه لا شركة بينهما الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الاخر يصح • ولو قبل الكل ثم نقد حصة
احدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول قوله اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله
والرهن والكفالة جايزان في الخراج بلا خلاف • ثم قيل المراد بالخراج الذي يصح الكفالة به الموظف

وهو الذي يجب في الذمة اما الخراج المقاسمة وهو ما يجب فيما خرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة
اما خراج المقاسمة وهو ما يجب فيما خرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين
فلا يصح الكفالة به وهو اي الخراج يخالف الزكوة لانها اي الزكوة مجرد فعل وفي الفوائد الظهيرية الخراج
دين كساير الديون كانه اراد به الموظف بخلاف الزكوة في الاموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان
بها لان الواجب جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يضمن شيا والكفالة باعيان
غير مضمونة باطلة فعلى هذا ينبغي ان يصح الكفالة بدين الزكوة عند الشافعي لانها دين مطالب ولهذا لا يسقط
بهلاك المال. فان قيل عندنا ينبغي ان يصح الكفالة في زكوة. واجبة في نصاب مستهلك لثبوتهم
لانه في الذمة قلنا قال بعض المشايخ الفرق بين الزكوة والخراج ان الزكوة ليست بدين لان الدين
اسم لمال واجب في الذمة والزكوة فعل هو عبادة والمال لاقامته كالحج ولهذا قلنا ان الزكوة لا يستوفى
من التركة بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حريم الدين وحفظه فكان بمنزلة الاجرة والكفالة
بالاجرة صحيحة فكذا بالخراج. واما الواجب في الزكوة تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء آخر
قوله جازت الكفالة بها اي بالنوايب بالحق بالاتفاق بين اصحابهم وغيرهم من الفقها كالجبايات
في زماننا وهي التي تاخذها الظلمة ظلما كالفتح وغيره ففيه اختلاف مشايخنا على البزدوي وهو فخر
الاسلام لا صدر الاسلام فان صدر الاسلام قال لا تصح الكفالة وبه قالت الايمة الثلاثة وقال
النسفي وشمس الايمة وقاضي خان مثل قول فخر الاسلام لانها في حق توجه المطالبة فوق ساير الديون
والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا. قلنا ان من قام بتوزيع هذه
النوايب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ في الاخذ ظالما ولهذا. قلنا ان من قضى
نايبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره **قوله** واما القسمة
الى آخره عن ابي بكر بن سعيد انه قال قول صاحب الكتاب او قسمته وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر
فعل حقيقة والفعل غير مضمون. قال الهندواني معنى قسمته يعني اذا طلب احد الشريكين القسمة من
صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان بها لان القسمة واجبة عليه. وقال بعضهم معناها اذا اقتسما
ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بسكون السين وحذف التاكيد كذا في الفوايد
الظهيرية. **قيل** في جوابه القسمة بمعنى النصيب جاء في القرآن قوله تعالى ونبيهم ان الماء قسمة بينهم
والمراد النصيب من النوايب بعينها وقد ذكر في التفسير النوايب بحق وبغير حق وحصته منها اي من النوايب
يعني اذا قسم الامام نايبة على المسلمين فاصاب من تلك القسمة له شيء فكفل به صح بالاجماع ولكن ينبغي
ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمة بالواو ليكون عطفا للخاص على العام كما في قوله تعالى
وملايكته وجبريل دون او وكان قوله الرواية باو جواب هذه الشبهة قال شمس الايمة تكلموا في معنى
النوايب. **قيل** هي اجرة الحارس ونحوه من نوايب المحلة وهو واجب شرعا. **وقيل** ما يجهز
الامام للجيش اذا لم يكن في بيت المال شيء وهو واجب على كل مسلم طاعة للامام فيما يجب نظرا للمسلمين
وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة اي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلثة كذا في الفوايد
الظهيرية. قال المحبوبي في جامعه من اصحابنا من قال الافضل للمرء ان يساوي اهل محلته في اعطاء
النايبة. قال شمس الايمة هذا كان في ذلك الوقت لانه اعانة على الطاعة والجهاد. اما في زماننا
اكثر النوايب توخذ بطريق الظلم. ومن تمكن عن دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن
دفع الظلم وينال المعطي الثواب. **قوله** فالحكم ما بيناه وهو ان الكفالة فيما اذا كانت بحق
بالاتفاق. ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة اختلاف المشايخ كما ذكرنا. **قوله** فالقول للضامن

اي في ظاهر الرواية ان المقر اقر بالدين وهو سبب وجوب المطالبة ثم ادعى لنفسه حقا على المقر
له وهو تاخير المطالبة الى شهر والمقر له ينكر ذلك فالقول للمنكر في الشرع. وفي الكفالة ما اقر الكفيل
بالدين اذ لا دين عليه في الاصح. واما اقر بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعي المطالبة لنفسه
في الحال والضامن ينكر ذلك فالقول قول المنكر. فان قيل نعم على هذا التقدير تعطل الكفالة
عن موجبها وهو التزام المطالبة فينبغي ان لا يكون القول للضامن قلنا لا يتعطل لان التزام المطالبة
اما للحال او للمستقبل وقد وجد هاهنا التزام المطالبة في المستقبل وكانت صحيحة اليه اشير في الفوايد
الظهيرية **قوله** لا دين عليه اي على الكفيل في الصحيح ولهذا لو ابرأ الطالب الكفيل فرده الكفيل لا يرتد
برده كما بينا فعلم ان لا دين عليه ولان الاصل في الدين ان يجب حالا والاجل فيه عارض لانه ان وجب
قرضا او بدلا فظاهر وان وجب ثمنا فكذلك لانه مقابل بزوال ملك البايع والعاقل على ما
عليه ظاهر حاله لا يرضى بزوال ملكه ناجزا الا ببدل ناجز ولهذا لا يثبت الاجل الا بشرط فكان القول
قول من انكر العارض كما اذا ادعى احد المتعاقدين خيار الشرط وينكر الآخر فالقول لمنكر الشرط اي مع اليمين
والاجل في الكفالة ليس بعارض حتى يثبت بلا شرط فان كفل بدين موجل فان الاجل يثبت في حق الكفيل
بلا شرط فوجب ان يقبل قوله في بيانه **قوله** والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف الحق الاول
بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وليس بصحيح بل الصحيح عكسه فان الشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف
الثاني بالاول وذلك لان عند الشافعي القول للمقر في الفصلين جميعا فكان الاقرار بالدين هو المذكور
اولا ملحقا بالثاني وهو الاقرار بالكفالة. ومذهب ابي يوسف على عكسه. وفي الكافي فما ذكر في الهداية
ان الشافعي الحق الثاني بالاول مشكل لان مذهبه على عكسه فيحتمل ان يكون له قولان ولفظ المصنف
والشافعي الحق الاول بالثاني. وابو يوسف الثاني بالاول وهكذا في شرح البزدوي والظهيري والتغيير
وقع من الكاتب. حجة الشافعي ان الدين نوعان حال وموجل كالكفالة فكان القول له في بيانه. وحجة
ابي يوسف في رواية ابراهيم بن يوسف عنه انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه
فلا يصدق الا بالحجة كما في الاول الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه
الخيار باطل وكذا الاجل **قوله** والفرق قد اوضحناه اشارة الى قوله ووجه الفرق صالح للجواب عن دليل
الشافعي وعن دليل ابي يوسف. **فان قيل** الاجل صفة للدين يقال دين موجل ودين حال كالجودة
والرداءة. وفي دعوى الجودة والرداءة القول للمقر بالاتفاق وفي دعوى الاجل القول للمقر له فما الفرق
بينهما. **قلنا** قال الامام المرغيناني والمحبوبي الاجل للدين وصف لفظا لا معنى بخلاف الجودة والرداءة
صفة للمال حقيقة ولفظا فلما اقر بالمال بوصف لا يجب عليه بوصف آخر في مطلق الاقرار ثم ذكر التمرتاشي
هاهنا مسئلة وهي ان رجلا لو ادعى مالا على رجل والمال موجل فيخاف ان اقر اخذ به وان انكر يكون كاذبا
فالحيلة له ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه موجل او معجل فان قال موجل فلا دعوى له في الحال
فان قال معجل ينكر وهو صادق. وفي العيون من عليه دين موجل لو حلف ما له قبلي اليوم شيء ارجو ان لا
يكون به باس ان كان لا يقصد اتواء حقه **قوله** لان بمجرد الاستحقاق اي القضاء بالاستحقاق والقضاء بالمبيع
للمستحق لا ينفسخ البيع على ظاهر الرواية فلا يجب الثمن على البايع. وفي الكفالة بالدرك لا بد من وجوب الثمن على
البايع فلا بد من القضاء بالثمن على البايع لاحتمال ان يجيز المستحق البيع فلا يعود الثمن الى ملك المشتري ولهذا
لو كان الثمن عبدا فاعتقه بايع الجارية بعد استحقاقها نفذ اعتاقه. وكذا لو كان المشتري باعها من غيره
فاستحقت من يد الثاني لم يكن للمشتري الاول ان يرجع على بايعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد ومتى لم يجب الثمن على البايع لا يرجع المشتري على الكفيل كذا في جامع قاضي خان

والمحبوبي وفي جامع المحيط قال ابو يوسف الكفيل بالدرك يأخذه المشتري اذا قضي عليه بالاستحقاق •
وان كان البايع غائبا فينفسخ البيع بهذه الرواية بمجرد الاستحقاق وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قالت
الايمة الثلاثة فعلى هذا للمشتري ان يأخذ الكفيل بالثمن اذا قضي عليه بالاستحقاق **قوله** بخلاف القضاء
بالحرية تثبت للمشتري حق الرجوع ولم تثبت في فصل الاستحقاق لان البيع يبطل بها اي بالحرية لعدم المحلية
قوله في ترتيب وهو ترتيب محمد حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب المأذون ثم رتبها الزعفراني
على هذا الترتيب الذي عليه الآن **قوله** فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل • اعلم ان ههنا ثلاث
مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمان الدرك جائز باتفاق اصحابنا وضمان العهدة
باطل عندهم بالاتفاق وضمان الخلاص فعند ابي يوسف ومحمد جائز وعند ابي حنيفة باطل • وفي الفوائد
الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر ههنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض
مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف
ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد وهو الرجوع بالثمن على البايع عند
الاستحقاق وبه قالت الايمة الثلثة • وعند ابي حنيفة شرط العهدة باطل وتفسيره عنده الصك الاصلي
الذي كان عند البايع يشترط المشتري ان يسلمه اليه وهذا شرط لا يقتضيه العقد ولاحد العاقدين فيه
منفعة فكان باطلا والضمان به باطل ايضا لانه التزام شي لا يقدر عليه وهذه اللفظة اي لفظة
العهدة مشتبهة كما ذكره في الكتاب يعني تطلق على العقد لان العهدة اخذت من العهد والعهد والعقد
سواء فكانت العهدة من العهد بمنزلة العقد من العقد • ويطلق على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة
كتاب العهد • ويطلق على الحقوق التي ترجع الى العقد لانها من ثمرات العقد ويطلق على خيار الشرط
كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط واذا كان كذلك بطل العمل بها قبل البيان
وهما يقولان نحب صرفها الى ما يصح به الضمان وهو الدرك تصحيحا للضمان بقدر الامكان وابو حنيفة
يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال وقال ابن قدامة في المغني العهدة عبارة
عن الدرك وضمان الثمن في العرف فيحمل المطلق عليه • وقلنا العرف غير مسلم لما ذكرنا ولئن سلم فيحمل عليه
اذا لم يعارض اصل اخر وهو الاصل في الذمم البراءة • وضمان الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة وبه
قال احمد في رواية واختاره القاضي الحنبلي لانه عبارة اي ضمان الخلاص عن تخليص المبيع وهو غير قادر •
عليه لان المبيع اذا خرج حرا او مستحقا كيف يخلصه • وعندهما تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه
وتسليم الثمن ان عجز عنه كذا في جامع المحبوبي وقاضيخان وشمس الايمة • وقال شمس الايمة شرط الخلاص •
تفسيره ان يشترط على البايع ان المبيع ان استحق من يده يخلصه ويسلمه باي طريق يقدر عليه وهذا باطل
لانه شرط لا يقدر على الوفاء به اذ المستحق ربما لا يساعده عليه • ولهذا ذكر ابو زيد في شروطه •
ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشرط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن
وان لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وانه باطل وعلم من هذا ان الخلاف فيما •
اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا • اما اذا ذكر خلاص المبيع او رد الثمن او اراد ذلك يجوز بالاجماع •

باب كفالة الرجلين

لما ذكر كفالة الواحد اعقبه بكفالة الاثنين
اذ الاثنين بعد الواحد وجودا وكذا ذكرا قوله كما اشير اليه الى الاخر يعني لرجل عليهما الف من ثمن متاع
او قرض او غيرهما • **قوله** لان الاول بهذا يلاقي الدين وضعف المطالبة ثم هو اي الثاني وهو المطالبة
بالدين بالكفالة تابع للدين • وفي المحيط الدين اقوى من المطالبة الا ترى ان الطالب يملك اخراجه
عن المطالبة ولا يملك في حق ما لزم الاصيل فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة اذ من شرطها

المساواة بينهما في القوة فلما لم يستويا في السبب لم يستويا في الحكم بل يثبت حكم ما هو اقوى وهو الاداء من
الدين وفي المغني لابن قدامة الحنبلي وتعين القضاء بلفظه او نيته • ولو اطلق احتمل صرفها الى ما شاء كمن
اخرج زكوة وله نصابان وهذا على اصل الايمة الثلاثة ان الدين يثبت في ذمة الضامن كثبوته في ذمة
الاصيل • **وقلنا** التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض ونصفه
الاخر بيع وعن صح • وفي الجنسين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مقيد **قوله** تؤدي الى الدور لانه لو وقع
النصف عن صاحبه يقول للمؤدي انت اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي
ان اجعل المؤدي عنك ثم رجعت علي وانا كفيل عنك وانا اجعله عنك وارجع عليك لان ذلك الذي
اديته هو ادائي في التقدير • وفي حقيقة ادائي لرجعت عليك ففي التقدير ايضا ارجع وكذلك الشريك
الاخر يقول ايضا كذلك فلذلك لم يكن في الرجوع فايدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة حتى ينقطع
الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لا يكون لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على
شريكه بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع لا هذا الشرح في شروح الجامع الصغير وكل امر آل عاقبته الى
الدور لا يؤخذ هو في نفسه اصلا **قوله** ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الى اخره انما قال في الصحيح
لانه لو جعل كل واحد منهما كفيلا بالنصف لما صح التفريع الذي يأتي والمطالبة متعددة لان كل واحد
منهما مطالب بالكل من جهة الاصيل ومطالب بالكفالة من جهة الكفيل فيجتمع الكفالتان فتتعدد
المطالبتان لتعدد الكفالتين **قوله** كما يصح الحوالة اي حوالة المحتال عليه بما التزم على اخر يصح فكذلك
في الكفالة والجامع بينهما التزام ما وجب على الاصيل من غير تعرض لنقل الدين وعدمه **قوله** لا ترجيح
للبعض على البعض لان كل كفالة تقع شايعا بخلاف ما تقدم اي في المسئلة الاولى الترجيح بوجود وهو انه
اصل في النصف وحاصل الفرق بينهما اي ان ما ادى احد الكفيلين يقع شايعا في الثانية ووقع من الدين
لا من الكفالة • وفي المسئلة الاولى ما لم يزد المؤدي لا يقع عن الكفالة **قوله** لان قضيته اي قضية
عقد الكفالة الاستواء لاستوائهما في العلة وهي ضمان الكفالة فلما كان كذلك كان لمن ادى ولاية الرجوع
على صاحبه بنصف ما ادى لانه مستو لصاحبه في الالتزام بجهة توجب ان يستويا في الغرم بسببه بخلاف
الشراء فان هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال لشرائه بنفسه ونصفه
بكفالته عن شريكه وجعل المؤدي من الكفالة يؤدي الى الدور فلا يجعل كذا في جامع المحبوبي وقد حصل اي
وقد حصل الاستواء برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينقض الاستواء بعد ذلك بالرجوع **قوله** كتابة
واحدة • وفي الفوائد الظهيرية كاتبهما كتابة واحدة وقيد بالكتابة الواحدة لانه لو كاتب كل واحد كتابة
على حدة فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة لا يصح قياسا واستحسانا اذ الكفالة ببدل الكتابة
لا تصح باجماع الايمة الاربعة • اما لو كانت الكتابة واحدة يصح استحسانا عندنا ولا يصح قياسا وبه قال
الايمة الثلاثة كما اذا كانت الكتابة على حدة منفردة ولانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل
الكتابة وكل ذلك باطل وكانت الكتابة فاسدة اذ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة • ووجه
الاستحسان ان هذا عقد يحتمل الصحة فيحمل عليها مهما امكن وذلك بان يجعل على احدهما وعتق الاخر معلقا
بادائه كما في الولد المولود في الكتابة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد تعلقت بماله
على حدة فيتعذر تصحيحه واذا امكن تصحيحه كما قلنا يجعل كل واحد منهما في حق المولى كان المال كله عليه
وعتق الاخر معلق بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة
المال مقابل بهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحا للكفالة وفيما
وراء ذلك العبرة للحقيقة فاذا ادى احدهما شيئا يرجع على صاحبه بنصف ما ادى • **فان قيل** كيف

يرجع على صاحبه وقد قلتم ان المال مقابل برقبتهما حقيقة فصار احدهما شيئا ان يكون الرجوع بما لم يزد المؤدي على
النصف والا يلزم الدور كما في مسئلة اول الباب • قلنا انما يرجع بنصف ما ادى تحرزا عن تفريق الصفقة
على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ باداءه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا ابرأ مما عليه
من البدل يعتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فاوقعنا المؤدى عنهما تحرزا عن هذا ونظيره
كاتب نصراني عبديه نصرانيين على خمر كتابة واحدة فاسلم احدهما فانقلب ما عليهما قيمة لانه لو انقلبت
على المسلم خاصة دون الاخر يتميز نصيبه عن نصيب صاحبه فيعتق باداء ما عليه فيؤدي الى تفريق الصفقة
قوله لان المال مقابل برقبتهما حقيقة وانما جعلناه على كل واحد ضرورة تصحيح الكفالة فيتقدر بقدر الضرورة
وفيما وراءه العبرة للحقيقة ولان بالعتق استغنى عنه فقوبل برقبتهما ولانا جعلنا المال على احدهما وعلقنا
عتق الاخر باداءه فان كان المال على الذي اعتقه يسقط كله بعتقه وان كان على الاخر لا يسقط منه شيء
وكل واحد منهما متردد بين ان يكون اصلا وبين ان يكون تبعا فيسقط نصفه ويبقى حصة الاخر قوله المعتق
بالكفالة • فان قيل الكفالة ببدل الكتابة لا تصح فكيف يكون المعتق كفيلا به وقد جعلتم المال على
كل واحد منهما وعتق الاخر معلقا باداءه • قلنا الكفالة ببدل الكتابة لا تصح فكيف يكون المعتق كفيلا
ابتداء لا يجوز ولهذا جعلنا البدل على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة على ذلك الوجه بقدر الامكان •
اما بعد عتق احدهما صار كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة بقاء فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما
في موت الشهود في النكاح كذا قيل وفيه تامل وقال الامام قاضي خان والمرغيناني والمحبوبي وغيرهم البقاء
يكون على وفق الثبوت وفي حالة الثبوت كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فيبقى على
تلك الصفة

باب عناقة العبد وعنه

اخرنا هذا الباب لان الحر مقدم على
العبد لشرفه ولان الاصل في بني ادم الحرية والرق بعارض الكفر قوله لا يجب عليه هذه الجملة صفة لمالا
لا جواب المسئلة اذ هي جملة فعلية وقعت صفة النكرة وهي مالا وجواب المسئلة قوله فهو حال فقد ذكر الامام
قاضي خان صورة المسئلة ما اذا اقر العبد بالاستهلاك قال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو
محجور او وطئ امراة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلك الوديعة • وفي الفوائد الظهيرية
لفظ محمد في الكتاب اذا استهلك مالا لا يؤاخذ به حتى يعتق اختلف المشايخ في مراده • قيل مراده اقر
بالاستهلاك وكذبه المولى • وقيل مراده اذا العبد المحجور اذا استهلك مالا اودع عنده فانه
لا يؤاخذ به الا بعد العتق عند ابي حنيفة ومحمد قال المحبوبي مراده اقر بالاستهلاك الا انه لا يفضيه المولى
انما الكفالة صحيحة في جميع هذه الوجوه لانه كفل بمال مضمون على الاصيل وهو مقدور التسليم للكفيل فتصح
الكفالة كما في سائر الديون ويؤخذ الكفيل به في الحال • وان كان في حق الاصيل متاخرا الى العتق اذ العبد لا
يملك شيئا ولا عسرة في حق الكفيل كمفلس فلسه القاضي فانه لا يؤاخذ به قبل الميسرة ويؤاخذ به كفيله
وكما لو كفل بدين عن غائب فان الكفيل يؤخذ به في الحال ان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل بخلاف الدين
المؤجل حيث يؤخذ الكفيل بعد الاجل لان الدين كان مؤجلا على الاصيل بالتاجيل والكفيل يتحمل ما عليه
فيلزمه بصفته قوله برئ الكفيل وهذا الحكم لا يختلف بين ما اذا كان المكفول بنفسه يوجب براءة
الكفيل الا انه ذكر العبد ههنا ليبني المسئلة الثانية فيفرق بينهما قوله فان ادعى رقبة العبد اي على ذي اليد
رقبة العبد وبه صرح في الفوائد الظهيرية فكفل به اي بالعبد نفسه غاب العبد فاقام المدعي البينة وفيه
اثبات ملكه بالبينة لانه لو ثبت ملك المدعي عليه ولا يلزم باقرار ذي اليد او بنكوله عند التحليف
وقد مات العبد في يد ذي اليد فقضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء لان اقراره غير حجة
على الكفيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل • وقال التمرتاشي لا يصدق ذي اليد في موت العبد ويحبس

والكفيل

والكفيل فان طال الحبس ضمنا القيمة وكذا الوديعة المجحودة قوله لان على المولى ردها اي على ذي اليد
رد نفس العبد على تقدير ملكه اي يحلف نفس العبد فيهما اي قيمة نفس العبد لانه ثبت بالبينة ان العبد كان
مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب رد القيمة عند تعذر رد العين فتحولت المطالبة عن عين
العبد الى قيمته في حق الاصيل فكذا في حق الكفيل بخلاف الاولى اي المسئلة الاولى لان محل ما التزمه فات
وهو العبد تسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله قوله عن مولاه بامره قيد بالامر اذ
كفالة العبد بغير امر سيده لا تجوز باجماع الفقهاء الا عند الشافعي في وجه وباذنه يجوز
الا في الماذون المستغرق بالدين فان عندنا وعند مالك لا يجوز كفالته قوله الوجه الاول ان يكون على
العبد دين هكذا في بعض النسخ وليس بصحيح فانه ذكر في المبسوط في الموضعين في هذه المسئلة ان لا
يكون على العبد دين وهكذا كان مصححا بخط الثقات وهو الاصح لانه لو كان على العبد دين مستغرق
لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن السيد اما كفالة المولى عن العبد يصح على كل حال سواء
كانت الكفالة بالنفس او بالمال او على العبد دين او لا • فان قيل دين العبد مستحق القضاء من
ماليته وهي ملك مولاه فاي فائدة في هذه الكفالة • قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة
او باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر امواله • له اي لزفر وبقوله قال الشافعي في وجه وفي وجه
كقولنا ولنا انها اي الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع في الفوائد الظهيرية ان الكفالة وقعت
لازمة زمان وجودها وما وقع لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء • او هذه كفالة غير موجبة زمان
وقوعها لفقد المحلية اذ المولى والعبد كل واحد لا يستوجب على صاحبه دينا فلو ثبت الاستيجاب
انما يثبت حالة البقاء والاصل اليه اعتبارا بما لو كفل عن انسان بدينه بغير امره حتى وقعت لازمة ثم بلغه
الخبر فاجاز الكفالة لم يكن له ان يرجع على الاصيل • ومع هذا لم تنعقد موجبة ولا يرجع فيما نحن فيه لفقد
محلية الاستيجاب زمان وقوعها ايضا اولى ان لا يرجع • فان قيل لو اعتق الراهن المرهون وهو معسر
يسعى العبد ويرجع بذلك على المولى مع ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا ما • قلنا في مسئلة الرهن
استيجاب الدين على مولاه بعد العتق ولم يكن فيه تناف زمان استيجاب الدين فجاز ان يرجع على المولى
اما فيما نحن فيه زمان وجود الكفالة وهو سبب الاستيجاب هو عبد فيكون تناف كذا ذكره الامام
قاضي خان قوله ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة الى اخره وبه قال اكثر اهل العلم • وعن احمد في
رواية يصح لانه دين كسائر الديون والاصح عنده ايضا ان الكفالة به لا تجوز • وفي النهاية تخصيص
بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا يجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا يجوز بدين اخر للمولى
سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط لان المكاتب اذا عجز نفسه يسقط عنه بدل الكتابة
ويسقط عنه بدل الكتابة ويسقط عنه ايضا سائر ديون مولاه فكان الفساد فيه مثل ما هو الفساد في بدل
الكتابة فلا يجوز الكفالة بها ايضا • اما لو كان للمكاتب دين على مولاه ولو لم يكن ذلك الدين من جنس الكتابة
فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح لان الاصل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح الكفالة اما العبد التاجر
اذا ادان مولاه دينا ولا دين على العبد واخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على
المولى دينا • وان كان العبد مديونا صحت الكفالة به لان كسبه حق الغرماء وكان الدين واجبا في ذمته
كما في ذمة غيره فصحت الكفالة • والكفالة بالنفس مثل ذلك فان كان العبد لا دين عليه لا يصح وان
كان عليه دين يصح قوله لانه عقد الكتابة ابدل الكتابة ثبت مع المنافي وهو الرق فان المولى لا يستوجب
على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا يظهر اي دين بدل الكتابة ولا يمكن اثباته اي اثبات
دين الكتابة على هذا الوجه في ذمة الكفيل وهو سقوطه عند عجزه • وفي المبسوط لو اثبتناه

مُطلقا على الكفيل كما اوجبناه في ذمة الكفيل اكثر مما هو واجب في ذمة الاصيل وذا لا يجوز
اذ يجب على الكفيل بالصفة التي يجب على الاصيل تحقيقا لمعنى الضم لان من شرطه اي شرط الضم
الاتحاد والمطلق غير المقيد **قوله** وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة فلا يجوز
الكفالة به للمولى لانه اي المستسعى كالمكاتب عنده فكان ثبوته مع المنافي • اما بالنظر الى التعجيز
له الناسه وهي التعجيز ينبغي ان يجوز عنده لما ان التعجيز لا يرد في المستسعي وعندهما تصح
لانه حر مديون عندهما • والله اعلم •

• تمّ السِفر الثاني من معراج الدِراية في شرح الهداية •
• يتلوه في السفر الثالث • كتاب الحوالة •
• وصلواته على اشرف الخلق سيدنا محمد واله وصحبه •
وسلامه •

الثالث من معراج الدراية شرح الهداية

تأليف
الامام العالم العلامة
ابي عبد الله محمد بن محمد
الخبازي تغمده الله برحمته
واسكنه فسيح جنته
امين

صححه العبد الفقير ابو الفضل محمود
الشهير بـ... جلبي زاده
عفي عنه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة

المناسبة بين الحواله والكفاله ظاهرة لما في كل منهما التزام ما على الاصيل ولهذا يجوز استعارة احدهما للاخر واخر الحواله لتضمنها براءة الاصيل والبراءة تعقب الالتزام فكذلك ما تضمنها • الحواله لغة النقل وهي اسم من الاحالة وفي المغرب اصل تركيب الحواله يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشي من محل الى محل يقال احلت زيدا بماله على رجل فاحتال اي قبل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه ونقد المحتال في الفاعل محول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصله ويقال للمحتال حويل • وهي في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه وهي جايزة بالديون لقوله عليه السلام من احيل على ملي فليتبع متفق عليه ويروى اذا احيل احدكم على ملي فليحتل وهو معنى اللفظ الاول • وفي الصحاح يقال اتبع فلان لفلان اذا احيل له عليه والروايه المشهوره واذا احيل احدكم بالواو ويروى فاذا احيل احدكم بالفا فعلى التقدير الاول وهو معنى قوله مطل الغني ظلم جملتان لا تعلق للثانية بالاولى كقوله عليه الصلاه والسلام العاريه مردوده والزعيم غارم وعلى الثاني يجوز ان يكون في الترتيب اذا كان مطل الغني ظلما من الغني فاذا احيل بدينه عليه فانه يحترز عن الظلم ولا يمطل ثم الامر في قوله فليتبع او فليحتل امر استحباب عند اكثر اهل العلم وعن احمد للوجوب • واجمع اهل العلم على جواز الحوالة ولانه التزام ما يقدر على تسليمه فيصح دفعا للحاجة وخصت بالديون لانها تنبي عن النقل والنقل في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي يظهر اثره عند المطالبه فجاز ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا • واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي **قوله** وهو الذي اي الدين الذي ينتقل بالحوالة فلا بد من رضاه ولا خلاف في اشتراط رضاه لاهل العلم • **واما** المحتال عليه فرضاه شرط عندنا وبه قال الشافعي في وجه وقيل انه منصوص في الام واصحهما عنده انه لا حاجة الى رضاه اذا كان عليه دين للمحيل وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا لا يشترط رضا العبد ولان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفا • **اما** اذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالاجماع لانه التزام حق عليه فلا يصح بدون قبوله **قوله** واما المحيل اي المديون فلا يشترط رضاه عندنا لانه التزام دين من المحال عليه الى اخر ما ذكر في المتن ذكره في الزيادات وفي الاصح لعل موضوع المذكور ههنا اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحواله حينيذ يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه فلا يصح الا برضاه كذا في الخبازيه • وقالت الايمة الثلاثه شرط لان له ايفا الحق من حيث شا فلا يعين عليه بعض الجهات قهرا • وما نقل ابن قدامة الحنبلي في المغني ان رضى المحيل شرط بلا اختلاف فليس بصحيح اذ عندنا ليس بشرط لصحتها ولو اشترط رضى المحيل انما يشترط لفايدة الرجوع عليه بامره **قوله** واذا تمت الحواله هذا بيان حكمها برئت ذمة المحيل عند عامه الفقها وعن الحسن انه لا يرى الحواله براءة الا ان ينويه • وقال زفر لا يبرا وقال ابن ابي ليلى الكفاله توجب براءة الاصيل ايضا على ضد قول زفر • ثم اختلف مشايخنا في ذمة المحيل من الدين ام من المطالبة دون الدين فقال من

المطالبة دون الدين استدل بما ذكر محمد ان المحتال له لو ابرا المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل • فلو انتقل اصل الدين الى ذمته وجب ان يرتد برده كما لو ابرا المحيل قبل الحواله والاصل في الكفاله لان الابرا حينيذ تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد وبما ذكر ان المحيل وهو المديون اذا نقد مال المحتال له يجبر المحتال له على القبول فلو انتقل اصل الدين بالحواله يكون المحيل متبرعا في نقده كاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضا الدين لا يجبر رب الدين على القبول وبما ذكر ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحواله عن المحتال عليه لا يصح فلو انتقل الدين بالحواله يصير المحيل اجنبيا وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح وبما ذكر ان المحتال اذا ابرا المحتال عليه يرجع بذلك على المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع بذلك على المحيل كما في الكفيل • ولو كان الدين يحول الى ذمته كان الابراء والهبه في حقه **وقيل** الحواله يوجب براءة ذمة المحيل من الدين والمطالبه جميعا • واستدل بما ذكر محمد ان المحتال له اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحواله لا يصح هبته وابراوه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح • ولو ابرا المحتال عليه من الدين او وهبه يصح • وهذا يقتضي التحويل قال مشايخنا هو الصحيح لانه تصرف في التحويل • وذكر شيخ الاسلام هذا الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف يوجب تحويل الدين والمطالبه • وعند محمد يوجب تحويل المطالبه لا الدين • وفايدة الخلاف في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا احال المرتهن بعد الرهن بالدين على غيره هل يسترد الرهن عند ابي يوسف يسترد كما لو ابراه • وعند محمد لا يسترد كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانيه اذا ابرا الطالب المحيل بعد الحواله لا يصح عند ابي يوسف لانه بري بالحواله وعند محمد يصح ويبرا المحيل لان اصل الدين باق في ذمته بعد الحوالة وتحول المطالبة لا غير كذا ذكر المحبوبي والتمرتاشي وفي الذخيره بعد ذكر هذا الاختلاف قال وبعض مشايخنا انكر هذا الخلاف وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين الا ان محمدا ذكر احكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبه دون الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابرا وجعل بها المطالبة والدين اذ الحواله مبنية عن النقل وقد اضيفت الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبه لان الحواله تاجيل معنى الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر الحقيقه في الاحكام واعتبر المعنى في بعض الاحكام **قوله** اذ كل واحد منهما اي من الحوالة والكفالة عقد توثق بحق المطالبه وذلك في ان يزداد له المطالبة وقلنا الحواله للنقل لغة والكفاله للضم لغة واختصاص كل باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم كالصرف لبيع الاثمان لان فيه صرف ما في يد كل واحد الى صاحبه بالقبض والسلم لبيع الاجل بالعاجل اذ فيه تعجيل احد البدلين في المجلس فكذا ههنا التحويل يوجب النقل لغة • والكفاله توجب الضم والتحويل يوجب البراة • والكفالة توجب ضم الذمة الى الذمة لا البراءة فتثبت احكام العقود على وفاق معنى اللفظ كذا في المبسوط والايضاح ولا يقال الحواله بغير امر المحيل يصح ولا يتحقق النقل فيه لانا نقول معنى النقل يتحقق فيه بعد ادا المحتال عليه حتى لا يبقى على المحيل شي او هو حواله مجازا كما ان الكفاله بشرط براءة الاصيل حواله مجازا **قوله** والتوثق الى اخره جواب عن قول زفر يعني التوثق باختيار الاملاء والملي المقتدر والاحسن في القضا بان يعطي ما ياخذ ولا يماطل وقوله وانما يجبر جواب عن سوال مقدر وهو ان في الحواله لو كان نقل الدين لما اجبر الطالب المحيل لانه متبرع في ادايه كما استدل به بعض المشايخ على عدم تحويل الدين فيها على قول محمد فقال في جوابه انما يجبر كذا **قوله** وقال الشافعي لا يرجع وان توى بموت او بافلاس او بغير ذلك وبه قال احمد والليث وابو عبيد وابن المنذر وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان رضي بعد العلم وبه قال مالك لان الافلاس

في المحال عليه عيب فكان له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبه ولان المحيل غره فكان له الرجوع
كما لو دلس المبيع قوله لان البراءه اي للمحيل حصلت بالحواله من الدين لنقله الى ذمه المحال عليه فلا يعود
كما لو ابراه من الدين ويؤيده ما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على اخر فمات المحال
عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع •
ولنا انها اي البراءه مقيده بشرط السلامه معنى وان كانت مطلقه لفظا بدلاله الحال لان المقصود
من شرع الحواله التوصل الى استيفا الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب
وانما تختلف في حق الايفا فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لما انها المطلوب
فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه في الاصل كما كان ويؤيده ما روي عن عثمان مرفوعا وموقوفا في المحال
عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمه المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم قوله او يفسخ
الحواله لفواته اي لفوات المقصود وهو وصول الحق الى الطالب او البراءه حصلت بطريق الانتقال
فاذا لم يسلم له ابطل اليه لانه عقد توثق فيلتحق بحالة احكام الحق لا بابطاله فصار كوصف السلامة في المبيع
بان اشترى شيا بالدين وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين كما كان فكذا هنا والجامع انها سبب
يحتمل الفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحواله انفسخت كان ذلك السبب يحتمل الفسخ فان قيل الطالب
مخير بين قبول الحواله وبين عدم قبوله فاذا اختار احدهما تعين ذلك عليه ولا يعود الى محل آخر كالغاصب
مع غاصب الغاصب اذا اختار المالك تضمين احدهما ثم توي ما عليه لا يرجع على الاخر بشي وكالمولى اذا
اعتق عبده المديون فاختار الغرما استسعا العبد ثم توي ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشي من الضمان
لما قلنا ما في ذمة المحال عليه ليس بعوض عما في ذمة المحيل لان تبدل الدين بالدين لا يجوز بل ما في ذمة
المحال عليه خلفا عما في ذمة المحيل كما في حواله الغراس المكان الثاني خلف المكان الاول والثابت في
المكان الثاني عين ما كان في المكان الاول فاذا كان الطريق هكذا كان رضى الطالب بهذه الخلافه
على قصد التوثق بحقه فيكون رضاه بشرط السلامه له ما في ذمة المحال • فاذا لم يسلم له فقد انعدم
رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما لو اشترى عينا به فهلك المبيع قبل القبض فالمحل الذي هو
خلف عن ذمه المحيل ليس في يد الطالب فلم يصر قابضا لحقه وما لم يصر قابضا لم يكن في ضمانه بخلاف
الغاصب مع الغاصب والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليس بخلف عن الاخرى بل المالك مخير
ابتدا فاذا اختار احدهما تعين ذلك عليه اليه اشار في المبسوط قوله ولا بينة له اي للطالب
عليه اي على المحال بقبول الحواله • وقال التمرتاشي لا بينة للطالب ولا للمحيل او يموت مفلسا
اي المحال عليه يموت ولم يترك مالا ولا دينا ولا كفيلا • ولو قال الطالب مات مفلسا وقال
المحيل بخلافه فقال في التتمة والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو
العسرة ولانه بالحواله لم يدخل في ملك المحال عليه مال ولو كان حيا فزعم انه معسر فالقول قوله
وكذلك بعد موته وفي شرح الطحاوي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين قوله
خلافا لابي يوسف ومحمد فانه يتحقق بحكم القاضي عندهما وبه قالت الايمة الثلاثه حتى يعتبر في حق
اخراجه من السجن فكذا في حق غيره لان مال الله غاد ورائح هذا دليل ابي حنيفة في المبسوط قد
يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا بان مات قريبا له وترك مالا كثيرا ميراثا له ولا يعلم به • وفي الطلبه
يقال افلس اي صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر • وفلسه القاضي
اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله يقال راح وغدا اي جا غدوه وذهب رواحا اي بعد الزوال
قوله لم يعدل قوله اي قول المحيل وكان عليه اي على المحيل مثل الدين الذي اداه المحال عليه الى الطالب

ولا يقال قبول الحواله من المحال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحواله الاقرار
بالدين لان الحواله قد تكون مقيدة بما عليه وقد تكون مطلقه • وحقيقة الحواله هي المطلقه • اما
المقيده من وجه توكيل بالادا والقبض فلما لم يوجد دلاله الاقرار من المحال عليه بوجوب المال وهو
منكر لوجوبه كان القول له كذا في المبسوط قوله قضا دينه اي دين المحيل بامره اي بامر المحيل الا ان
المحيل يدعي دينا عليه اي على المحال عليه قوله لان المحال اي الطالب يدعي عليه اي على المحيل دينا وهو
ينكر فالقول له لان الفراغ اصل في الذمم والمحيل متمسك بالاصل والطالب يدعي العارض فكان اعتبار الاصل
اولى وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه القول للطالب لان الحواله تكون في الدين ظاهرا وما قاله المحيل
وكالة فكان خلاف ظاهر الحوالة وبه قال احمد • وقوله ولفظة الحواله مستعمله الى اخره
جواب مقدر وهو ان يقال ينبغي ان يكون القول للطالب لان المحيل لما قال احلتك فقد اقر بالحواله
اذ الحواله نقل الدين من ذمة الى ذمة فقال في جوابه نعم كذلك الا ان الحواله تستعمل في الوكاله مجازا
لان في الوكاله نقل التصرف من الموكل الى الوكيل ولهذا قال محمد اذا صار مال المضاربة دينا
على الناس ولم يكن فيه ربح وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احل رب المال على الغرما اي
وكله ويستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان
محتملا كان القول قول من انكر مع يمينه وقيل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمال المجاز لا يخرجه عن
ارادة الحقيقه اجيب هذا المجاز متعارف يمكن ان يخرجه عن ارادة الحقيقه ولو لم يخرجه
كان محتملا فلا يدل على الاقرار قال شمس الايمة ويحتمل المسألة معنى اخر وهو ان المحال له اراد السو في
الالف وقد كان المحيل باع متاعا من المحال عليه بهذا الالف فيقول المحتال له كان المتاع ملكي وكنت
وكيلا في بيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول للمحيل في ذلك
لان اصل المنازعه بينهما وقع في ذلك المتاع واليد كانت للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل
على كونه عاملا لغيره والثمن انما وجب بالبيع والمحيل هو الذي باشره فيكون الثمن واجبا في الظاهر
فلذلك كان القول قوله قوله لانه يقدر على القضا اي المودع وهو المحال عليه اقدر على
قضا مال الحواله من الوديعه لان الادا ههنا يتحقق من عين مال المحيل • اما اذا كان المحال به دينا
فلا يمكن الادا من حق المحيل فلما جازت الحوالة في الدين ففي العين اجوز لان القضا منه ايسر لهذا او
لان الوديعة حاصله معينه لا تحتاج الى الكسب • واما الدين فيحتاج فيه الى الكسب فلما جاز في الدين مع
تعسره ففي العين اجوز لتيسر الادا منها بلا كسب • قوله فان هلكت اي الف الوديعة بري
اي المودع وهو المحال عليه ايضا لتقيدها اي لتقيد الحواله بها اي بالف الوديعه فتبطل بهلاكها
كالزكاه المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين بخلاف ما اذا كانت اي الحواله
مقيده بالمال المغصوب المعين حيث لا تبطل بهلاكه بل تبقى الحواله متعلقه بمثله او بقيمته لفوات
المغصوب الى خلف وهو المثل او القيمه اذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثل او القيمه فصار
كلا فوات او لقيام المحتال في اخذ المثل او القيمه مقام المحيل • اما هلاك الوديعة يبطل حق المحيل
لان هلاكها لا يوجب شيا • وفي الكافي الاصل ان الحواله نوعان مقيده بدين على المحال عليه • او
بعين في يده بغصب او وديعة او غير ذلك • ومطلقه وهو ان لا يقيدها المحيل بالدين الذي على
المحال عليه ولا بالعين الذي في يده او يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين • فالحواله
المقيده كما تبطل بموت المحال عليه مفلسا تبطل بفوات ما قيد به الحواله اذا كان الفوات لا الى
خلف فلا تبطل الحواله لان الحواله الى خلف كلا فوات فالحواله المقيده على نوعين مقيدة

بدين على المحال عليه ● ومقيدة بعين ● والمطلقة على نوعين ايضا ● اما مطلقة موجلة
وحالة ● فالحالة ان يحيل الطالب على رجل بالف ويكون الالف المحال على المحال عليه حالة اذا
كانت على المحيل حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي على الاصيل ● والمطلقة الموجلة
له على رجل الف الى سنة لانه قبل ذلك ● ولو حصلت الحوالة مبهمة اي لم يذكر حالة او موجلة
فلم يذكرها محمد في الاصل ● قالوا وينبغي ان تثبت موجلة كما في الكفالة لانه يحمل ما على الاصيل
باي صفة كان ● فلو مات المحيل لم يحل المال على المحال عليه لان حلول الاجل في حق
الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته وهذا لا يتاتى في حق المحال عليه لانه حي محتاج الى الاجل
ولو حل عليه انما يحل بنا على الاصيل فلا وجه اليه لان الاصيل بري عن الدين والتحق بالاجانب ●
ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحال عليه لاستغنائه عن
الاجل بموته ● فان لم يكن له وفا رجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاجل سقط حكما للحوالة
وقد انتقضت الحوالة بموت المحال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل
كما لو باع المديون بدين موجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوطه كان
بحكم البيع كذا ههنا كذا في الذخيرة ● قوله وحكم المقيدة اي الحوالة المقيدة في هذه الجملة
وهي ما ذكرنا ان تقيد بالدين او العين والعين وديعة او غصبا هو ان لا يملك المحيل مطالبة
المحال عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت به الحوالة فيه لان الحوالة اذا قيدت بها تعلق
حق الطالب به وهو حق استيفا دينه منها واخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يملك اخذه كالراهن
فانه لا يملك مطالبة الرهن لتعلق حق المرتهن به وليس للمحال عليه ان يدفعها الى المحيل ايضا
لتعلق حق الطالب فان دفع ضمنه الطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحال كالمرتهن يضمن
مستهلك الرهن ● ولو مات المحيل وعليه ديون قبل ان يقبض المحال دين الحوالة فالدين الذي
على المحال عليه للمحيل بين غرما المحيل والمحال اسوة للغرما فيه وكذا العين الذي قيدت الحوالة لا
يختص الطالب بها استحسانا ● والقياس ان يختص بها كما في الرهن لتعلقت بها حقه وهو قول زفر ولهذا
لم يملك المطالبة بالابرا والهبة ● ولنا ان الدين في ذمة المحال عليه على ملك المحيل قبل قبض
المحال لانه لو صار ملكا له لكان تمليك الدين من غير من عليه الدين ● ولهذا لو بطل دين المحال
بالابرا كان المحيل احق به واذا بقي على ملك المحيل صار بين غرمايه بالحصص وما يختص المحال به
لان الاختصاص بملك رقبة او يد والدين على الغير لا يقبل التمليك بوجه ● بخلاف الرهن لان المرتهن
ملكه يدا لانه بقبضه صار مستوفيا من وجه فكان اخص به من ساير الغرما اذا قسم الدين بين غرما المحيل
لا يرجع المحال بحصة الغرما على المحال عليه لان الحوالة كانت مقيدة بدين كان عليه وقد استحق
ذلك فتبطل الحوالة بفواته ● قوله وهذا الاشارة الى قوله ان لا يملك المحال مطالبة المحال
عليه لانه لو بقي واخذ منه بطلت الحوالة قوله لو بقيت له اي للمحيل مطالبة به اي بذلك الدين
او العين فاخذ منه اي من المحال عليه لبطلت وهو اي الحوالة على تاويل عقد الحوالة وفي بعض النسخ
وهي اي الحوالة المقيدة وهو الاصح حق المحال اي الطالب بخلاف المطلقة اي الحوالة المطلقة
لانه الضمير للشان اي لان الشان والامر ان لا تعلق لحقه اي لحق المحال له به اي بذلك الدين او
العين بل يتعلق بذمته اي بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فيجب عليه ادا دين المحيل من مال نفسه
وللمحيل ان ياخذ دينه ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة باخذه حتى لو مات المحيل قسم دينه ووديعته
وغصبه الذي على المحال عليه بين غرمايه دون المحال له لانه بالحوالة صار غريم المحال عليه ولم يبق

غريم المحيل بخلاف الحوالة المقيدة لان هناك لو لم يشارك احدا يشاركه انها لان الحوالة تبطل بفوات
العبد فيعود الدين على المحيل فيصير غريم المحيل انتهى ● فلو ادى المحال عليه في الحوالة المطلقة الدين
من مال نفسه يرجع على المحيل ويصير غريما للمحيل يخاصم غرماه فيما اخذ وامنه ● وفي الحوالة المقيدة
لو ابرا المحال له المحال عليه عن دين الحوالة رجع المحيل بدينه على المحال عليه لان دينه بعد الحوالة
باق على ملكه وانما لم يملك قبضه لتعلق حق المحال عليه فاذا زال حقه بالابرا فله الرجوع به ●
ولو وهب المحال له للمحال عليه او مات المحال له وورثه المحال لا يرجع المحيل على المحال عليه بدينه
لان المحال عليه ملك الدين بالهبة والارث لانهما من اسباب الملك بخلاف الابرا لانه اسقاط لا تمليك
فلم يملك المحال عليه ما في ذمته بالابرا لانه ملك دين الحوالة بالهبة والارث كما في الادا وبالابرا
لا يملك شيا كذا في الذخيرة والكافي ● قوله ما حدما عليه اي من الدين والغصب او عنده اي باخذ عنه
الذي عنده من الوديعة ويحتمل ان يراد بما عليه الدين خاصة وبقوله عنده اي عنده من العين سوا كانت
وديعة وغصبا ● قوله ويكره السفاتج الى اخره وفي المغرب السفتجة بضم السين وفتح التا واحدة
السفاتج وهو تعريب سفته شي محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع الى تاجر عشره
قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد اخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق وفي المبسوط فان لم يكن المنفعة
مشروطة فلا باس به حتى لو قضاه اجود مما قبضه لا باس به اذا لم يكن مشروطا فيه ولا عرف ظاهر فيه
لانه في معنى الحوالة لانه احال الخطر الموقع على المستقرض قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم
يكن فيه عرف ظاهر فاما اذا كان يعرف انه فعل ذلك لاجل القرض ● والذي حكي عن ابي حنيفة انه
لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا مطلوبا
وانما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة في
الديون ايضا كتاب ادب القاضي لما اكثر المنازعات في الديون
والبياعات ذكر ما هو قاطعها بعدها وهو القضا ● والقاضي يحتاج الى خصال حميدة حتى يصلح بها
للقضا فهذا الكتاب لبيانها ● ثم تركيب الادب يدل على الجمع والدعا ومنه الادب بسكون الدال
وهو ان يجمع الناس الى طعامك وتدعوهم اليه ● والمادبة اسم للطعام ● والادب هو الداعي اليه
وسمي الادب ادبا لانه يدعو الناس الى المحامد اي يدعوهم اليها ● وعن ابي زيد الادب يقع على
كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضايل ● والمراد من ادب القاضي هنا هو
الخصال المدعو اليها ● والقضا الحكم واصله قضاي لانه من قضيت الا ان اليا لما جاءت بعد الالف
همزت كردا اصله رداي ● والقضا يجي لمعان قال ابن قتيبة يجي لمعان مختلفة كلها تعود الى معنى واحد
اصله الحتم والفراغ عن الامر وبه يجري الفاظ القران وفي الشرع المراد به الالزام وفصل الخصومات
وقطع المنازعات وسمي حكما لما فيه من منع الظالم عن المظلوم ومنه الحكمة والحكمه ويقال احكمت
السفيه اذا اخذت على يده ومنعته ● ثم القضا بالحق من اشرف العبادات واقوى الفرايض بعد الايمان
وفي الزاد القضا فريضة محكمة وشريعة متبعة وعبادة شريفة لاجل ذلك اثبت الله تعالى لادم الخلافة
بقوله اني جاعل الاية ولداود بقوله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة وبه امر كل نبي مرسل حتى خاتم
صلوات الله وسلامه عليه وعليهم قال تعالى وان احكم بينهم الايات ● ثم القضا مشروع بالكتاب كما
ذكرنا وبالسنة لما روي انه عليه السلام قال اذا اجتهد الحاكم فاخطا فله اجر وان اصاب فله اجران ●
وقال عليه السلام السابقون الى ظل الله تعالى يوم القيمة الذين اذا اعطوا الحق قبلوه واذا سيلوا بذلوه
واذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لانفسهم ● وقال عليه السلام اذا جلس الحاكم للحكم بعث الله تعالى ملكين

يسدده ويوفقه فان عدل اقاما وان جار عرّجا وتركاه • وروي انه عليه السلام بعث عليا
قاضيا الى اليمن فقال يا رسول الله بعثتني اقضي بينهم وانا شاب لا ادري ما القضا قال علي فضرب
رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدري وقال اللهم اهده وثبت لسانه فوالذي فلق الحبة ما
شككت في قضا بين اثنين وانه عليه السلام بعث معاذا الى اليمن قال كيف تقضي قال اقضي بكتاب الله
الحديث • وبالاجماع وهو ظاهر • وبالمعقول وهو ان في القضا الامر بالمعروف ودفع الظلم عن المظلوم
ودفع التهارج وقطع المنازعات وفصل الخصومات والكل حسن عقلا وهو فرض كفاية بالاجماع
فان لم يصلح للقضا الا واحد تعين عليه ووجب عليه بالاجماع • **قوله** حتى يجتمع في المولى على اسم
المفعول من التوليه ولم يقل المولى ليكون فيه دلالة على توليه غيره اياه بدون طلبه وهو الاولى
للقاضي على ما يجي يسمى اي يستفاد ويوجد استعار الاسما للاستفاده لان في الاسما فايدة
للمستفتي ولا يلزم من هذا بنا القوي على الضعيف لما ان القضا اقوى من الشهادة لان هذا بيان حكم
المرجع اي مرجعهما واحد وهو الولاية اذ الولايه تنفيذ القول على الغير شا او ابى والشهاده والقضا
كذلك فكان مرجعهما الى اصل واحد وما يشترط لاهليه الشهادة من الاسلام والبلوغ
والعقل والعداله تشترط للقضا لما ان حكم القضا مبني على حكم الشهادة لان اصل الولاية ثبت باهل
الشهادة وكمال الولاية بالقضا وكمال الشي لا يكون بدون اصله ولان الشهادة توجد بدون وصف
القضا ولا يوجد القضا بدون وصف الشهادة فمن هذا الوجه ولايه القضا كالفرع لولاية الشهاده
قوله حتى قلد اي الفاسق يصح اي تقليده ابدا وقال الشافعي ومالك واحمد لا يصح تقليده وبه
قال بعض مشايخنا وقال اصبغ المالكي يصح ولكن يجب عزله • وفي وسيط الغزالي اجتماع هذه الشرايط
من الاجتهاد والعداله وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضا
كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا • **قوله** الا انه اي الفاسق ينبغي ان لا
يقلد لانه لا يومن عليه لقلة مبالاته بواسطه فسقه كما في حكم الشهادة فان الاولى للقاضي ان لا
يقضي بشهادته ولو قضى نفذ عندنا • **قوله** باخذ الرشوه في الصحاح الرشوه معروفة وضم الرا
لغة فيه وهي ماخوذه من الرشا بالمد فان نازع الماء من البير لا يتوصل اليه الا به فكذا الانسان الى
مقصوده الحرام لا يتوصل الا بها • والرشوه على اربعة اوجه منها ما هو حرام للاخذ والمعطي وهو
الرشوه في تقليد القضا فانه لا يصير قاضيا بالرشوه بالاجماع سوا كان قضاوه بحق او بغير حق •
ومنها ما ياخذه القاضي على القضا وهو حرام من الجانبين ايضا ولا ينفذ قضاه بحق او بغير حق •
ومنها ما دفعها لخوف على نفسه او ماله فهذا حرام على الاخذ لا الدافع • ومنها لو دفعها
ليسوي امره عند السلطان حل الدفع ولا يحل الاخذ • فلو اراد الاخذ ان يحل يستاجر الدافع الاخذ يوما
الى الليل بما يريد ان يدفع اليه فانه يجوز هذه الاجارة • ثم المستاجر ان شا استعمله في هذا العمل وان
شا استعمله في غيره كذا في فتاوى القاضي خان وادب القاضي للصدر الشهيد **قوله** ويستحق
العزل عن العلامة الكردي يعني يحسن عزله وقال الشافعي ومالك واحمد ينعزل ولا ينفذ قضاوه
بعد ذلك كما لا تقبل شهادته • وفي النوادر عن علمائنا الثلاثه لا يصح قضاوه كمذهب الشافعي •
وينعزل بالفسق اذا كان عدلا وقت التقليد • وعن بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتدا يصح الى
قوله وينعزل بالفسق **فان قيل** البقا اسهل من الابتدا وكم من شي لا يثبت ابتدا ويثبت
بقا كالنكاح لا يثبت بدون الشهود ويبقى بموت الشهود اما ما يثبت ابتدا فيثبت بقا وهاهنا
يثبت ابتدا ولا يثبت بقا **قلنا** هذا من باب تعليق القضا والاماره بالشرط لما ذكر في الكتاب

انه اعتمد عدالته الى اخره فحينئذ يكون تقليده معلقا بالعداله او مقيدا بها فصار كما لو قال
اذا قدمت بلده كذا فانت قاضيها او قال اذا اتيت مكة فانت امير الموسم وكذا يجوز اضافتهما
الى وقت كما لو قال جعلتك قاضيا او واليا راس الشهر • والاصل في ذلك انه عليه السلام بعث
جيشا وامّر عليه زيد بن حارثه ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحه
اميركم وكذا يجوز تعليق عزل القضا بالشرط ذكره في شرح ادب القاضي في الذخيره • الا تام
اذا كان عدلا وكذا الامير ثم فسقا لم يخرجا عن الامانه والاماره والقاضي يخرج بالفسق •
والفرق على قول هولا المشايخ ان مبنى الاماره والامامه على الغلبه والقهر ولهذا تقلد بعض
الصحابة الاعمال ممن غلب وجار • واما مبنى القضا على العداله والامانه فاذا بطلتا العداله
والامانه بطل القضا ضروره وقد يثبت الشي ابتدا ولا يثبت بقا فان العبد الماذون اذا ابق
صار محجورا انما يصح اذا اذن له بالتجارة ممن في يده **قوله** يصلح اي الفاسق مفتيا قيل لا
يصح لان مبناه على الامانة والاحتراز عن الخيانه وبه قال الشافعي واحمد **قوله** من قلده
انسانا الحديث قيل هذا حديث خارج عن المدونات اجيب هذا طعن بلا دليل وقد ثبت
بنقل العدل **قوله** واما الثاني اي اشتراط الاجتهاد بقوله ويكون من اهل الاجتهاد
والاجتهاد بذل المجهود لنيل المقصود والمراد به العالم بالاحكام • وفي المجتبى نص محمد في الجامع
شرط القضا ان يكون القاضي مجتهدا • وذكر الخصاف يجوز ان يكون غير مجتهد فتقليد الجاهل
صحيح عندنا خلافا للشافعي ولكن ينبغي ان يقضي بقول الافقه في المجتهدات ويقضي بفتوى الافقه
قوله خلافا للشافعي وبقوله قال مالك واحمد هو يقول اي الشافعي يقول انه مامور بالقضا
بالحق ولا امر بلا قدرة ولا قدره بلا علم • وقد روى انه عليه السلام قال القضاة ثلاثه قاضيان
في النار وقاض في الجنه • اما اللذان في النار الجاهل والعالم الجاير • واما الذي في الجنة فالعالم
العادل رواه ابو داود **ولنا** ان المقصود من القضا وهو ايصال الحق الى مستحقه يحصل
بفتوى غيره والحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع الى الغير ولان هذا الحديث يدل
على عظم جنايته الا انه لا يصير قاضيا ولهذا سماه قاضيا • وكذا المفتي عندهم ينبغي ان يكون من
اهل الاجتهاد وعندنا ايضا • اما لو افتى فقيه لم يبلغ درجه الاجتهاد فيما يروى عن اصحابنا يفتي
بالروايه الظاهره ولا يخالفهم برايه وان كان مجتهدا ولو كانت مختلفة بين اصحابنا فان كان مع ابي حنيفه
احد صاحبيه يفتي بقولهما وان خالفاه فان كان اختلاف عصر او اختلاف زمان ياخذ بقولهما لمراعاته
ويفتي بقولهما وفيما سواه يخير المفتي ويعمل بالاجتهاد • وقال ابن المبارك ياخذ بقول ابي حنيفه • وقال
رضي الدين النيسابوري لو كان المفتي مجتهدا يفتي برايه كاينا ما كان ولا يفتي بقول من يقلده لا
محالة الا في موضع الضرورة وعليه الاكثرون وان وجد لها رواية نادرة فان وافق قول اصحابنا
اخذ بها وان لم يجد واتفق بها المتاخرون اخذ به والا يفتي بما هو الاصوب عنده • وان كان المفتي مقلدا
غير مجتهد يفتي بقول من هو افقه عنده وان كان في مصر اخر • وفي الكافي ينبغي ان يكون المفتي عفيفا
دينا عاقلا فهما عالما بالسنة والاثار ووجوه الفقه الذي يوخذ منه الكلام فمن لم يكن بهذه
الصفة لا يفتي الا بشي سمعه يقول قال ابو حنيفة كذا • وفي بعض الجوامع من عرف الاقاويل ولم
يعرف الحجج لا يحل له ان يفتي فيما اختلف فيه ولا يقطع باحد الاقاويل فيفتي به ولو لم يوجد في
البلد مثله وفيه حافظ للفقه ان كان ماموما نقه عليه لا فيما يحكيه حكى الاقاويل للمستفتي فيختار
المستفتي ما يقع في قلبه انه اصوبهم على ما روى عن ابي حنيفه • وفي الجامع الصغير لو انتقل من مذهب

الى مذهب لاجتهاد وبرهان فهو مذموم آثم مستوجب للتاديب والتعزير فلا اجتهاد وبرهان
بالطريق الاول وبه قال الشافعي وقال الامام القاضي العبره لمن يعتقده المستفتي فكل ما اعتقد
من مذهب حل له الاخذ به ديانة ولم يحل خلافه • وفي جامع شمس الايمه ولا باس بمباشره ما
يعتقد جوازه وان كان فيه اختلاف العلما فلا يكون ذلك تركا للاحتياط • وذكر الرازي في اصول
الفقه فاما ما يوجد من كلام في كتاب معروف تداولته الايدي يجوز لمن نظر فيه ان يقول قال فلان
كذا وان لم يسمعه من احد نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف في اصناف العلوم لانه
بمنزله الخبر المتواتر ومثله يستغني عن الاسناد كذا في المجتبى وفي المحيط • وعن الحسن بن زياد
الجاهل بالعلم اذا استفتى فقيها فافتاه بقول ياخذ به ولا يسعه ان يعدو الى غيره • ولو كان في
المصر فقيهان سيان في الفتوى فاختلفا ياخذ بقول ايهما يقع في قلبه انه اصوبهما وان كانوا
ثلاثا في مصر واتفق اثنان بقول ياخذ بقولهما ولا يسعه ان ياخذ بقول الثالث وان اختلفوا
ولم يتفق اثنان منهم اجتهد هو برايه فايهم اصوب عنده عمل به **قوله** صاحب حديث له معرفة
بالفقه او صاحب فقه له معرفة بالحديث والفرق بين القولين ان في الاول منسوب الى علم الحديث
لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه ايضا وفي الثاني منسوب الى الفقه لزيادة درسه فيه
لكن له علم الحديث ايضا ولم يدخل الواو في قوله له معرفة بالفقه لان ذلك خبر بعد خبر **قوله**
وفي حد الاجتهاد كلام اي اختلاف كثير عرف في اصول الفقه • وفي الكافي واصح ما قيل في
حد المجتهد ان يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه
معانيها وان يكون عالما بالقياس ومصيبا فيه وعالما بعرف الناس على ما بين في اصول الفقه
قوله وما يبتنى عليها اي على عادات الناس لان العرف قد يغلب على القياس كما في
الاستصناع جوز بخلاف القياس ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي في الصحاح القريحة
اول ما يستنبط من البير ومنه قولهم لفلان قريحة جيدة يريد استنباط العلم بجودة الطبع
قوله لانه فرض كفاية **فان قيل** قوله فرض كفاية يوجب ان الدخول فيه مستحب كما في
صلاة الجنازة وغيرها **قلنا** نعم لكن فيه خطر عظيم وامر مخوف لا يسلم في بحره كل سابح
فبالنظر الى كونه فرض كفاية مستحب وبالنظر الى كونه متضمنا امرا مخوفا يكره فقلنا بعدم
الناس **قوله** وكانما ذبح بغير سكين وفي روايه ذبح بسكين رواه الترمذي وقال حديث
حسن • وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه التشبيه ان السكين مؤثرة في الظاهر
والباطن جميعا والذبح بغير السكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن والقضا
لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك • وعن الامام الحلواني لا ينبغي ان يزدري
اللفظ احد كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي روي ان قاضيا ازدراه وقال كيف يكون
هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس
فاصابه الموسى فالقى راسه بين يديه • وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وكان في بني اسرائيل
من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة فانه يرجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضا ايس له من النبوة
وروي ان عثمان لما استقضى ابن عمر امتنع منه • ولما دعي ابو قلابه للقضا هرب حتى اتى الشام
فوافق ذلك عزل قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة فقال ما وجدت القاضي الا كسابح في بحر فكم
يسبح حتى يغرق • وعن ابي هريرة يقول والله ليرمين الله تعالى القضاه يوم القيمه بشرار اعظم
من هضبات حسمى والهضبات التلال وحسمى اسم موضع **وان قيل** في تاويله ان المراد

القاضي الجاير لكن بظاهره يتناول الكل وفايدته التحذير • وقد عزر ابو حنيفة على تقليده
بعدما ضرب مرارا وحبس لاجله وقال البحر عميق والسفينه وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة
كاني بك قاضيا • وكذا ادعي محمد الى القضا فابى حتى قيد وحبس حتى اضطر فتقلد • وعن الشافعي
انه عرض عليه كتاب الرشيد فلم يجبه وامتنع عنه واوصى في مرضه للمزني ان لا يتولى القضا • وعن
بعض اصحابه ان كان خامل الذكر يستحب له الطلب لنشر العلم اما اذا امكن نشر العلم بدونه لا
يستحب • وقال الفقها لا يستحب مطلقا وهو قول مالك واحمد وكرهوا الدخول فيه مختارا
كما ذكرنا **قوله** طمعا في اقامة العدل في الحديث عدل ساعة خير من عبادة سنه والامتناع
عزيمه لانه مامور بالقضا بالحق وربما يظن في الابتدا انه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه في الانتها
ولانه لا يمكنه القضا الا باعانة غيره ولعل غيره لا يعينه **قوله** يفترض عليه التقليد بلا خلاف
بين الفقها كصلاة الجنازة اذا تعين واحد لاقامتها يفترض **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولايه
اي بقلبه ولا يسالها اي بلسانه ولا خلاف فيه في غير المعين اما اذا لم يتعين ان لا يطلب الولايه
ولكن هو اصلح من غيره نص بعض اصحاب الشافعي ان كان خامل الذكر ولو ولي القضا لاشتهر ونفع
الناس بعلمه او لم يكن له كفاية ولو ولي لصار مكفيا من بيت المال يستحب الطلب وبه قال احمد وقال
القفال لا يستحب الطلب بحال لحديث عبد الرحمن بن سمرة قال عليه السلام لا تسال الامارة فانك ان
اعطيتها عن مسلة وكلت اليها وان اعطيتها عن غير مسلة اعنت عليها **قوله** وكل الى نفسه الحديث
روايه انس رواه الترمذي وقال حديث حسن • وذكر الصدر الشهيد وانما فوض الى نفسه لان من سال
القضا فقد اعتمد ذكاه وورعه فصار معجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق بخلاف من اكره عليه فقد
اعتصم بحبل الله وتوكل على الله تعالى فيلهم الرشد ويوفق للصواب **قوله** يجوز التقلد من السلطان
الجاير ولا خلاف فيه اما الاسلام شرط في السلطان عند الايمه الاربعه واكثر اهل العلم • وذكر في
الملتقط ليس بشرط حتى قال بلاد الاسلام التي في ايدي الكفره لا شك انها بلاد الاسلام لا بلاد الحرب
لانها غير متصلة ببلاد الحرب ولم يظهروا فيها حكم الكفر بل القضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم
عن ضرورة مسلمون وان كان عن غير ضرورة فكذلك ايضا وهم فساق وكل مصر فيه وال من جهتهم
يجوز فيه اقامة الجمعه والاعياد واخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الايامى لاستيلا المسلم عليه
اما طاعة الكفره فذاك موادعه ومخادعة واما بلاد عليها ولاة الكفار فيجوز للمسلمين اقامة الجمعة
والاعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين • ويجب عليهم ان يلتمسوا واليا مسلما منهم فعسى الله ان
ياتي بالفتح او امر من عنده ولكن ذكر في الفتنه البلاد التي غلب عليها التتره الملعونه كخوارزم وخراسان
وما وراء النهر وغيرها صارت دار الحرب في الظاهر لانهم اجروا احكامهم فيها حتى استولى الزوج على
امراته بعد ردتها يملكها الزوج فتبقى في يده بحكم الرق **قوله** في نوبته اي نوبة علي وقيد به احترازا
عن مذهب الروافض فانهم يقولون الحق مع علي في جميع نوب الخلفا في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان ومع
اولاده بعد علي وعند اهل السنة معويه كان باغيا في نوبة علي وبعده الى زمان ترك امير المومنين
حسين الخلافة اليه وانعقد الاجماع على خلافة معويه بعده وهذا البحث مذكور في علم اصول الدين
قوله وهوان الحجاج كان جايرا فقد قال الحسن فيه • لو جا كل امة بخبيثاتها وجينا به لغلبناهم
وظلمه مشهور لان المقصود هو دفع الظلم لا يحصل من التقلد • وذكر الصدر الشهيد في ادب
القاضي روي عن الحكم بن عمرو الغفاري انه اتاه كتاب معويه وكان فيه ان امير المومنين يامرك ان
ان يصطفي له الصفرا والبيضا فصعد المنبر وقال ايها الناس لقد اتاني كتاب امير المومنين وقد امرني

ان اصطفي له الصفرا والبيضا وقد سبق كتاب الله كتاب معوية الي واني قاسم لكم ما افا الله عليكم الا
فليتم كل واحد ولياخذ حقه ثم قال اللهم اقبضني اليك فما عاش بعد ذلك الا قليلا • في المغرب السجل
كتاب حكمي وغيرها اي غير السجلات من المحاضر والصكوك وكتاب نصيب الاوصيا وتقدير النفقات
ثم ان كان البياض اي القراطيس التي كتب فيها السجلات وغيرها من بيت المال فظاهر اي يجبر المعزول
على دفعه لان ذلك انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك في يده هو الصحيح احترز به
عما قال بعض المشايخ اذا كان الساض من ماله او مال الخصم لا يجبر على الدفع لانه ملكه او وهبه له
وفي الصحيح يجبر لانه ما اخذه للتمول بل للتدين وكذا الخصوم تركوا ذلك في يده لعمله وقد تحول
العمل الى غيره • وفي المحيط وادب القاضي للصدر الشهيد للسلطان ان يعزل القاضي بريبه او بغير
ريبه اما بريبه فلا شك واما بغير ريبه لما روي عن ابي حنيفه ان القاضي على القضا لا يترك الا حولا
لانه متى اشتغل بالقضا اكثر من سنة ينسى العلم فيقول له السلطان لا افساد فيك ولكن اخشى
عليك ان تنسى العلم فعد وادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك • وقال الشافعي يجوز العزل بخلل
اذا غلب على ظن السلطان خلله وبه قال احمد وقال مالك يعزل بشكوى احد • اما بغير خلل
عنه لا يجوز عزله ولو عزله لا ينعزل فان كان صالح اخر افضل منه جاز عزله وان كان دونه او مثله
فان كان لتسكين الفتنة او مصلحة اخرى جاز عزله وبه قال الغزالي • واما القضاة والولاة لا
ينعزلون بموت السلطان ولا بعزل السلطان بلا خلاف • ولو عزل القاضي نفسه ينعزل فاذا عزل
وقلد اخر فيبعث القاضي الجديد اثنان من ثقاته والواحد يكفي والاثنان احوط فيقبضان من المعزول
ديوانه ثم اذا قبض الديوان فنسخ السجلات يجمعان في خريطه ونسخ الاوصيا في خريطه وكل نوع
في خريطه لان هذه النسخ كانت تحت يد المعزول فلا يشتبه عليه شي من ذلك متى احتاج اليه فاما
المقلد الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمعان كل نوع في خريطه ويسالانه عن المحبوسين وعن اسباب حبسهم
قوله وهذا السوال اي سوال احوال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس لكشف الحال لا
للالزام لان قول المعزول ليس بحجه لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا ومتى قبضا ذلك يختمان ذلك
احترازا عن الزيادة والنقصان • وهذا ينبغي ان يكون في حق كل قاض كذا في المحيط وادب القاضي
للصدر الشهيد **قيل** والسوال بمعنى الاستعلا يتعدى الى المفعول الثاني بعن وههنا قال
يسالانه شيا فشيا بدون عن **اجيب** ان انتصاب شيا بعامل مضمر يدل عليه قوله يسالانه يقدره
يسالانه عن احوال السجلات وكيفياتها اي يسالان شيا ويعاينها **قوله** وينظر اي القاضي الحادث
في حال المحبوسين وفي اكثر النسخ المحبوسين **قوله** لم يقبل قول المعزول الا بحجه وبه قال
الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك
لا يقبل قوله قبل العزل الا بحجه ايضا **قوله** حتى ينادي عليه وصفته ان يامر كل يوم اذا
جلس مناديا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس العلاني بحق فليحضر ينادي كذلك
اياما فاذا حضر وادعى عليه وهو على جحوده ابتدا الحكم بينهم ولا يقبل قول المعزول وان لم
يحضر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه ولعله محبوس بحق غايب وقد قامت عليه امارة وهو حبس القاضي
المعزول بخلاف قسمه الميراث عند ابي حنيفه حيث لا ياخذ الكفيل هناك عند ابي حنيفه على
ما يجي لان في مسله الميراث الحق ظاهر لهذا الوارث وفي ثبوت حق الاخر شك فلا يجوز تاخيره
الموهوم اما ههنا الحق ثابت لحمل فعل القاضي على الصلاح ولكنه مجهول فلا يجوز اخذ الكفالة
لموهوم **وقيل** اخذ الكفيل ههنا على الخلاف ايضا • وفي المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا

بالاتفاق

بالاتفاق **قوله** كانه في يده اي كان المال المقر به في يد القاضي المعزول في الحال ولو كان في
يد المعزول عينا كان يقبل اقراره بما في يده فكذا يقبل اقراره بما في يد مودعه لان يد المودع
كيد المودع الا اذا بدا الاقرار لغيره ثم اقر بتسليم المعزول اليه والقاضي المعزول يقول
هو لغيره فيسلم اي صاحب اليد اليه ليستوفي حقه اي حق المقر له الاول ثم يضمن قيمته للمعزول
باقراره الثاني ثم يسلم القاضي المعزول القيمه الى من اقر له المعزول • قال الصدر الشهيد حاصل ذلك
ان المسله على اربعه اوجه اما ان اقر صاحب اليد دفعه الي المعزول وقال انه لفلان او قال دفعه
الي ولا ادري لمن هو وانكر ما قاله القاضي المعزول او قال دفعه الى المعزول وهو لفلان اخر
ففي الوجه الاول والثاني يقبل قول المعزول ويكون المال للمقر له لان المال وصل الى يده من
جهه المعزول فكان المال في يد المعزول معنى • واذا اقر من في يده المال يقبل قوله فكذا هذا وفي
الوجه الثالث القول لصاحب اليد ولا يجب عليه شي بقول المعزول لالتحاقه بسائر الرعايا وفي الوجه
الرابع المسله على وجهين اما ان بدا صاحب اليد بالدفع من المعزول او بدا الاخر بان قال لفلان غير
الذي اقر له المعزول ثم قال دفعه الى المعزول ففي الوجه الاول القول للمعزول ويومر بالدفع الى
من اقر له المعزول لانه لما بدا بالدفع من المعزول فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده ثم اقر انه
لفلان فلا يصح اقراره • وفي الوجه الثاني يومر بالدفع الى من اقر له ويضمن مثله او قيمته للمعزول
ثم يسلمه المعزول الى من اقر له **قوله** لانه اشهر اي المسجد الجامع اشهر المواضع قال فخر الاسلام
هذا اذا كان الجامع في وسط البلده ولو كان في طرف البلده يختار مسجدا في وسط البلده كيلا يلحق
الناس مشقه الذهاب الى طرف البلد ويختار مسجد السوق لانه اشهر • وفي المبسوط احب الي ان
يقضي حيث يقام جماعه الناس يعني في المسجد الجامع او غيره من مساجد الجماعات لان ذلك يكون
عن التهمه ابعد وبه قال مالك وذكر الصدر الشهيد قول مالك على التفصيل بان قال ان كان
في المسجد فيقدم اليه الخصمان لا باس به وان بعد القضا فيه يكره ولكن في المشهور من كتبهم انه لا
يكره وان تعمد القضا في المسجد لما انه عليه السلام كان يحكم في معتكفه وكذا الخلفا الراشدون
والسلف من الصحابة والتابعين في المساجد وبه قال احمد ايضا • وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي
او يسير على الدابة لانه عند ذلك لا يكون معتدل الحال وقلبه مشغولا بما هو فيه من المشي والسير
ولا يفرغ للنظر في الحجج ولانه نوع من الاستخفاف ظاهرا وباطنا ولا باس بان يتكي ويقضي لان
التكيه نوع جلسه كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفه • وينبغي ان لا يقضي وهو
غضبان او فرحان في غاية الفرح او جايع او عطشان ولا مهموم ولا في حال غلبة النعاس ولا في حر
وبرد مزعج مولم ولا حاقن فالحاصل انه لا يقضي في حال شغل قلبه بشي من ذلك بلا خلاف • اصله
قوله عليه السلام لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول لشغل القلب **قوله** تهمه اي تهمة
الرشوة او الظلم • وقد روي ان عثمان ما حكم حتى يحضر اربعة من الصحابة • ويستحب ان يحضر مجلسه
جماعه من الفقها ويشاورهم لما روي ان الخلفا الراشدين كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن
جبل وابي ابن كعب وزيد بن ثابت وابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا ايضا حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقها
من اهل كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه **قوله** فيتحاماه اي يحترز ولا خلاف لاهل العلم فيه
وفي المبسوط الهديه في الشرع مندوب • قال عليه السلم نعم الشي الهديه اذا دخلت الباب ضحكت
الاسكفه • وقال عليه السلم الهديه تذهب وحر الصدر اي غشه والوعد يوقظ الغيظ في الصدر
وقال عليه السلم تهادوا وتحابوا ولكن هذا في حق من لم يتعين لعمل من اعمال المسلمين • فاما من يتعين

لذلك كالقاضي والوالي فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدي قبل ذلك اذ هو
نوع من الرشوه والسحت • واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك قال تلاحقت الهدايا
فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه فجعله في بيت المال
وحديث ابن اللتبية الازدي على الصدقة معروفة متفق عليه الا من عادته لان تعليل النبي عليه
السلام دليل على ان تحريم الهديه التي سببها الولايه ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد او كانت له
خصومة يكره بالاجماع الا عند الشافعي اذا اخذ الهديه ممن لا يجوز اخذها منه كان حراما كالرشوة
وعندنا كان مكروها • قال فخر الاسلام لو زاد مال المهدي قبل القضا فزاد في الهديه بقدره لا باس به
ولكن الاولى ان لا يقبل ثم اذا اخذ الهديه ممن لا يجوز الاخذ منه اختلف المشايخ فيه **قيل** يضعها
في بيت المال كما روينا من حديث ابن عمر وبه قال الشافعي في وجه • وعامة المشايخ قالوا يردها على
اربابها ان عرف المهدي وبه قال الشافعي في وجه آخر • اشار محمد في السير الكبير وان لم يعرف
وكان المهدي بعيدا حتى تعذر الرد عليه حكمها حكم اللقطه يضعها في بيت المال لانه اخذها لعمله
وفي عمله نائب عن المسلمين وكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين **قوله** بخلاف العامة لان
القاضي لا يكون مقصودا ولانه عليه السلم كان يقضي بين الناس ويجيب الدعوه وكان يقول من لم
يجب الدعوه فقد عصى ابا القاسم **قوله** لا يحضرها اي الدعوة لا يتخذها اي الدعوه وان
كان يتخذها وان لم يحضرها فهي عامه هذا اختيار شمس السرخسي • قال القدوري وابو علي
النسفي دعوة العامة عرس وختان وما سوى ذلك خاصه **وقيل** في الحد الفاصل ان جاوز
العشره فهي عامه • قال ابو اليسر في مبسوطه يجيب دعوة العامه الا ان يكون المضيف خصما
فينبغي ان لا يجيب وكذا في العباده لان ذلك يودي الى ايذا الخصم الاخر والى التهمة **قوله**
ويدخل في هذا الجواب وهو ان لا يدخل الخاصه قريبه وهو قولهما ذكره الطحاوي • وعند محمد
يجيب الخاصه في القريب وذكر الخصاف يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف لان اجابته دعوه
صله الرحم • قال شيخ الاسلام بين قبول الهديه في القريب وبين الدعوه ما الفرق فانه قال يقبل
الهديه مطلقا ولم يفصل بين جري العاده وغيره وفي الدعوه فصل بين العامه والخاصة كما ذكر في
المتن قالوا اما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان ذا رحم محرم لم تجر بينهما الدعوه والمهاداه وصله
القرابه قبل القضا • فاذا اهدى بعد القضا لا باس بقبوله وعند الشافعي يحضر الولائم بغير الخصم
وبه قال احمد وقال مالك لا يحضر الخاصة ويحضر العامه ان شا وتركها افضل ان كانت وليمة النكاح
ولغير النكاح كره • ذكره في الجواهر وفي الحليه اختلف اصحابنا فيمن ولي امرا من امور المسلمين كالقضا
والائمه في حضور الولائم على ثلاثة اوجه • احدها انه كغيرهم • والثاني انه سقط فرض الاجابه
والثالث ان كان مرتزقا لم يحضر والا يحضر **قوله** وعدها الى من السنه هدي وحق المسلم لا يسقط
بتقلده ولان هذا عاده وبالتقلد لا يمنع لكنه لا يطيل مكثه في ذلك المجلس وفي صحيح العاقلين روى
ابو ايوب الانصاري عن النبي عليه الصلاه والسلام انه قال للمسلم على المسلم ست خصال واجبه
ان ترك شيا منها فقد ترك حقا واجبا عليه • اذا دعاه ان يجيبه • واذا مرض ان يعوده • واذا مات
ان يحضره • واذا لقيه ان يسلم عليه • واذا استنصحه ان ينصحه • واذا عطس ان يسمته **قوله** ولا
يضيف احد الخصمين لما روى عن علي انه نزل به رجل فقال الك خصم قال نعم قال تحول عنا فاني
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تضيفوا احدا الا ومعه خصمه وفي قوله احد الخصمين
اشارة الى انه لو اضافهما لا باس به وبه صرح في المبسوط لما روينا من حديث علي ولا خلاف فيه لان

فيه تهمة اي تهمة الميل **قوله** واذا ابتلى احدكم الحديث وروت ام سلمة انه عليه السلم
من ابتلي بالقضا بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده ولا يرفعن صوته على احد الخصمين
ما لا يرفعه على الاخر رواه ابن ابي شيبة في كتاب قضاة البصرة وكتب عمر الى ابي موسى وسو
بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك • والمستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين
يديه • عن عبد الله بن المبارك عن مصعب بن ثابت ان عبد الله بن الزبير لخاصمه عمرو بن الزبير
الى سعيد بن العاص وهو على السرير قد اجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جا عبد الله بن
الزبير وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض قضى رسول الله
او قال سنة رسول الله ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي رواه ابو داود ولا يجلس احدهما على
يساره والاخر عن يمينه لان لليمين فضلا على اليسار الا ترى ان يمين النبي عليه السلم لابي بكر ويساره
لعمر وكان ذلك لاظهار فضل ابي بكر • وفي المغني والنوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان
مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان
فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلا احدهما • وهذه المسلة تدل على ان
القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة علي عند شريح فان شريحا قام
عن مجلسه واجلس عليا بمجلسه • قال المرغيناني ينبغي للقاضي ان يسوي بينهما في المجلس وينبغي
للخصمين ان يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم
كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما للعلم • وينبغي ان يكون جلوسهما بين يديه بمقدار ذراعين او نحو
ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير ان يرفعا اصواتهما • وينبغي للقاضي ان يسند ظهره الى المحراب وهذا
رسم زماننا • اما في زمن الخصاف وغيره يجلس القاضي مستقبل القبله وهو مستحب عند الايمة
الثلاثه ورسم زماننا احسن لانه موافق لفعله عليه السلم • ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيب
في اعين الناظرين • وفي المبسوط كلما يمكن فيه مراعاة التسويه فعليه ان يسوي بينهما لما روي انه عليه
السلم كان يسوي في القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا فيما املك الحديث • واذا حضرا فالقاضي بالخيار
ان شا ابتداهما فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبتدا بالنطق وبعض القضاه يختار السكوت حتى يبتديا
لان في ابتدا القاضي تهييجا للخصومة فالقاضي لم ينصب لذلك ولدفعه **وقلنا** الراي في ذلك للقاضي اذ حشمه
مجلس القضا قد يمنعهما عن الكلام ما لم يبتدي القاضي فلا يكون تهييجا للخصومه ولكن لا يكلمهما بشي اخر
سوى ما تقدما بين يديه مع ان السلام سنة فاذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستمع من المدعي حتى يفهم حجته
لان في تكلمهما معا لا يفهم كلام واحد ولان في تكلمهما شغب وبه ينتقض حشمة مجلس القضا ويستنطق
الاخر وان لم يسال المدعي ذلك • واختار بعض القضاه انه لا يستنطقه الا بعد سوال المدعي لكن
يتفكر بعد الدعوى في دعواه فان لم تصح يقول له صحح دعواك اذ الدعوى سوال المدعي
الفاسده لا يستحق الجواب • ولو صحح دعواه قبله يقول له اخبرني ما اصنع فان قال اريد جوابه فسله
عن ذلك حينئذ يستنطق الاخر والاصح عندنا ان يستنطق الاخر وان لم يلتمس المدعي لان المدعي ما احضر
خصمه الا لذلك فلا يحتاج الى التماس اخر • ولا ينبغي للقاضي ان يلقن لاحدهما حجته وينبغي ان يقدم النسا على
حدة والرجال على حدة لان اختلاط النسا بالرجال مكروه وهذا اذا كانت الخصومه بين النسا والرجال
فلا بد من ان يقدمهن مع الرجال • واختار محمد ان يقدم الناس على منازلهم الاول بالاول ويضع
على ذلك امينا من قبله ليعرف السابق وينبغي ان يبتكر الامين على باب القاضي ليعلم منازل الناس وينبغي
ان يكون امينا لا يطمع ولا يرتشي لان ذلك من عمل القضا فكما لا يطمع هو فيما يقضي فكذا امينه • ولو اشكل

السابق منهم يقرع بينهم كما في السفر مع النسا وعندنا يجوز ان يقدم الغربا • وذكر الصدر الشهيد وصاحب المغني والمحيط • وينبغي اذا جلس القاضي يحكم ان يقوم بين يديه رجل يمنع الناس عن التقدم اليه يقال له الجلواز وصاحب المجلس • وينبغي ان يكون مع الجلواز سوط وينبغي ان يكون امينا • والجلواز من الجلوازة وهي المنع • وعن ابن عمر انه اذا كان اذا سافر استصحب رجلا به سوء الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشر بالشر يدفع ولا خلاف في جميع ما ذكرنا **قوله** ولا يمازحهم اي لا يمازح معهما ولا واحدا منهما ولا غيرهما لانه اي المزاح مع احد يذهب مهابة القضا ولهذا قيل ينبغي ان يكون عبوسا متواضعا في افعاله وفي جواهر المالكي ولا ينبغي للقاضي ان يتضاحك مع الناس • ويستحب ان يكون فيه عبوسة بغير غضب وان يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا ترك شي من الحق • وينبغي ان يتخذ كاتبا امينا عارفا بما يكتبه القضاة من المحاضر والسجلات والاحكام لما روي انه عليه السلم استكتب زيدا وغيره ولان الحاكم يكثر اشغاله • وفي المحيط وينبغي ان يتخذ كاتبا عفيفا صالحا مسلما حرا عدلا امينا ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر ولا خلاف فيه وعن الشافعي في وجه اسلام الكاتب ليس بشرط **قوله** تلقين الشاهد اي يكره ان يقول القاضي للشاهد شيا يستفيد به الشاهد به علما بل يدع الشاهد حتى يشهد بما عنده ولا خلاف للائمة الثلاثة الا عن الشافعي في وجه كما قال ابو يوسف والخلاف فيمن استولته الحيرة او الهيبة وترك شرطا من شرايط الشهادة فيعينه القاضي بقوله اتشهد بكذا وكذا ولا يقول له اشهد بكذا اما اذا كان في موضع التهمة بان ادعى المدعي الفا وخمسماية والمدعى عليه ينكر الخمسماية وشهد الشاهد بالالف فالقاضي يقول يحتمل انه ابرا الخمسماية واستفاد الشاهد علما بذلك ووفقه في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين **قوله** واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة وقد بينا موضع التهمة وفي المبسوط ما قالا عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة لاحد الخصمين صورة او معنى وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك ومذهب ابي يوسف رخصة فانه لما باشر القضا شاهد من التحير عند ادا الشهادة فان لمجلس القاضي هيبة وللقاضي حشمة ومن لم يقتدر على الكلام في مثل هذا المجلس تعذر عليه البيان اذا لم يعنه القاضي على ذلك فيكون ذلك من باب التعاون على ادا الشهادة قال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه السلم اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق وهذا القدر من التلقين يرجع الى اكرامه **قوله** بمنزلة الاشخاص وهو ارسال شخص ليحضر خصمه يقال شخص من بلد الى بلد شخوصا اي ذهب من حد منع واشخصه غيره فتاخر دليل ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على ان مختار المصنف قول ابي يوسف • وفي المحيط ولو راى القاضي التفريق في الشهود في موضع التهمة جاز له التفريق بينهما وذكر الخصاف ولا ينبغي للشاهد ان يبدا بالشهادة حتى يقول القاضي بم تشهد • وقال الطحاوي لا باس به وفي فتاوى قاضي خان لا ينبغي للقاضي ان يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلاثة لما روي انه عليه السلم قال ما عدل وال اتجر في رعيته وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا ابيع ولا اشتري ولا اقضي حين غضبان وعن ابن الماجشون المالكي وينبغي ان يتنزه عن طلب الحوايج والعواري من الماعون والدابة وما اشبه ذلك • وعن محمد لا باس بان يبيع ويشتري في غير مجلس القضا • وعن احمد يستحب ان يوكل من لا يعرف انه وكيله لما روينا • وينبغي ان لا يرد سلام الخصمين اذ لا يجب عليه رد سلامهما ولو رد ينبغي ان لا يرد على قوله وعليكم ويرد السلام على الشاهد • وينبغي ان يخرج القاضي في احسن ثيابه ولو كان فقيرا فالاولى ان ياخذ رزقه من بيت المال بل يفترض عليه وان كان غنيا تكلموا فيه والاولى ان لا ياخذ من

بيت المال • وفي المحيط يكره للقاضي ان يفتي في مجلس حكمه وفي غيره لا باس به **وقيل** يكره ايضا وقال مالك لا يفتي احد الخصمين دون الاخر **فصل** لما ذكر القضا والحبس من توابعه وله احكام كثيرة افرده بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب قال تعالى او ينفوا من الارض والمراد الحبس • وبالسنة لما روي انه عليه السلام حبس رجلا بالتهمة • وروي ان رجلا من جهينة اعتق شقصا له في مملوك حبسه حتى باع فيه غنيمة وبالاجماع ايضا وفي زمن النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر لم يكن سجن يحبس في المسجد والدهليز او حيث امكن حتى اشترى عمر دارا بمكة باربعة الاف درهم واتخذ محبسا **وقيل** لم يكن في زمن عمر وعثمان ايضا الى زمن علي فاتخذ سجنا وهو اول سجن حدث في الاسلام والمحبوس في الدين لا يخرج لرمضان ولا لفطر ولا لاضحى ولا لجمعة ولا لجماعة صلاة مكتوبة ولا لحجة فريضة ولا لحضور جنازة بعض اهله وان اعطى كفيلا بنفسه لان الحبس شرع ليضجر فيسارع الى قضاء الدين وانما يلحقه الضجر اذا منع من الخروج اصلا • ولهذا قالوا ينبغي ان يحبس في موضع خشن ولا يبسط له فراش ولا وطا ولا يدخل عليه احد ليستانس به • وسئل محمد عن المحبوس لو مات والده او ولده هل يخرج قال لا الا ان لا يجد من يكفنه ويغسله فيخرج فاذا وجد لا يخرج لان حق الميت يصير مقاما بغيره وحق الطالب في الحبس **وقيل** يخرج بتكفين جنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى • ولو مرض في السجن فاضناه ان كان له خادم يخدمه لا يخرج حتى قال محمد لو مات من المرض لا يخرج وان لم يكن له من يخدمه اخرجوه واحتسبوا عليه • ولا يمنع من الطعام والشراب ولو احتاج الى الجماع يدخل عليه زوجته او جاريته فيطاها حيث لا يطلع عليه احد **وقيل** يمنع من دخول زوجته وجاريته عليه لان قضا شهوة الفرج ليس من اصول الحوايج • ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه لانه يحتاج الى دخولهم ليشاورهم في قضا الدين ولكن لا يمكنون من ان يمكثوا طويلا • والمال غير مقدر في الحبس حتى يحبس في الدرهم وفي اقل منه لان المانع عماد وبه ظالم كذا في المبسوط وادب القاضي للصدر الشهيد والذخيرة والمغني **قوله** اول الوهلة يقال لقيته اول وهلة اي اول شي فلعله اي المنقطع في الامهال شي من حجة المقران يقول ظننت انك تمهلني فان ابيت اوفيك حقك اما لو جحد الدين حتى ثبت بالبينة فقد وجدت المماطلة والانكار وفي الفوايد الظهيرية عن الامام السرخسي ان ظهر الدين بالبينة لا يحبسه اول مرة وان ظهر بالاقرار يحبسه وكان عكس مسالة الكتاب • والوجه فيه ان الدين ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما كنت علمت له علي دين فاذا علمت الان اقضي ولا اتواني في قضايه ولا يمكنه مثل الاعذار في الاقرار قال الصدر الشهيد فاذا جاء اوان الحبس لا يسال المدبون الك مال وقال الخصاف الصواب عندي ان لا يحبسه حتى يساله الك مال ويستحلفه على ذلك فان اقر ان له مالا حبسه فان قال لا مال لي قال للطالب ثبت ان له مالا حتى احبسه وهو مذهب بعض القضاة **ثم اعلم** انه اذا ثبت اعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف ولا ملازمته بل يمهل الى ان يوسر قال تعالى فنظرة الى ميسرة وعند مالك لا يحبس ولكن للغريم ولا يمنع من الكسب وهل يلزمه الكسب واجارة نفسه لصرف الاجرة والكسب الى رب الدين عندنا والشافعي لا وعند احمد يلزمه وقال مالك ان كان ممن يعتاد اجارة نفسه لزمه وبه قال الشافعي في وجه وعليه عمل القضاة لظهور المماطلة قال عليه السلام مطل الغني ظلم وفي وجد يبيع ماله الظاهر وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد اما لو امتنع من ادا الدين يحبس بلا خلاف **قوله** بدلا عن مال حصل في يده الى اخره وفي الذخيرة وشرح ادب القاضي للصدر الشهيد لو قال المديون بعد ثبوت الدين انا معسر وقال المدعي موسر ولا بينة له فالقول للمديون مع يمينه وهو رواية

اصحابنا واختيار الخصاف وبه قال الشافعي في وجه لان الاصل الفقر في بني آدم فانه يولد ولا
مال له • وعن ابي حنيفه وابي يوسف ان في كل دين اصله مال كثمن البيع والقرض فالقول للمدعي وبه
قال الشافعي في وجه فالمديون يحتاج الى البينة لانه عرف دخول شي في ملكه وزوال ذلك محتمل
فالظاهر قول المدعي وفي كل دين لا يقابله مال كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول للمديون
لانه لم يدخل شي في ملكه فبقي متمسكا بالاصل اليه اشار محمد في كتاب النكاح في مسلة ادعا المراة
نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر فقال القول للزوج وقال بعضهم كل دين لزمه بسبب معامله
واختياره فالقول لرب الدين وبه قال الشافعي في وجه لان اختيار لزومه بالعقد دليل اليسار
قوله فيما سوى ذلك اي فيما سوى المذكور كضمان المتلف والغصب وارش الجنايه **قوله**
وعلى المدعي اثبات غناه اي غنى المديون بالبينة • وفي الذخيره لو اقام المدعي بينة على يساره واقام
المديون بينة على اعساره فبينه رب الدين اولى لان شهود المديون شهدوا بشي لم يعرفوه **قوله**
وروي ان القول لمن عليه في جميع ذلك ويدخل تحته ثمن البيع وغيره **قوله** والمسلتان اي
مسله النفقه ومسله اعتاق عبد المشترك يويد ان القولين الاخيرين وفي بعض النسخ الاخيرين
ويمما قوله • وروي ان القول لمن عليه وروي ان القول له الا فيما اي لمن عليه وياسيرهما لقول
من قال ان القول له في جميع ذلك فظاهر واما تاييدهما لقول من قال ان القول له الا فيما بدله
مال فانه لما يمكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق بالاجل القول قول من عليه علم بهذا ان الصحيح
القولان الاخران • واما من نصر القول الاول وهو قوله حبسه في كل دين الى اخره فيجيب عن هاتين
المسلتين بقوله انه اي النفقه على تاويل الانفاق وضمان الاعتاق ليسا بدين مطلق بل هما صلة بدليل
سقوطهما بالموت • اما النفقه فتسقط بالانفاق واما ضمان الاعتاق فعلى قول ابي حنيفه وهذا هو
معنى قوله والتخريج على ما قال في الكتاب فلما كان كذلك لم يرد هاتان المسلتان نقضا للقول الاول
وهو قوله حبسه في كل دين الى اخره **قوله** من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي قال الحلواني
ما ذكره الطحاوي ارفق بالناس لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دونه في حكم العاجل **قوله**
او اربعه الى ستة اشهر وهو روايه الحسن عن ابي حنيفة **قوله** والصحيح الى اخره في الذخيره
كثير من المشايخ قالوا ليس هذا التقدير بلازم فقد روى هشام عن محمد مثل هذا اذ الحبس للاضجار
وذلك يختلف فباحوال الناس فان منهم من يضجر بمدة قليله ومنهم من لا يضجر بها فيفوض الى راي
القاضي فان وقع عنده انه يضجر بمدة قليلة اطلقه بعد ذلك ومثله في شرح ادب القاضي للصدر
الشهيد وعن الشافعي واحمد وملك مثله وقال ابن الماجشون المالكي لا يحبس في القليل اكثر من نصف
الشهر وفي الكثير يبلغ اربعه اشهر وفيما بين ذلك الشهرين ونحوهما بالنسبه ذكره في الجواهر **قوله**
فان لم يظهر مال اي بعد مضي المده التي راها القاضي او بعد مضي مده على ما اختار بعض المشايخ
يعني ينبغي ان يسال عن حاله بعد الحبس فان سال عنه فقامت البينة على افلاسه اخرجه ويقبل
البينه في رواية وبه قال الشافعي واحمد وعند عامة المشايخ لا يقبل وبه قال ملك وقال الصدر
الشهيد في شرح ادب القاضي وهو الصحيح وفي الذخيره لو اخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل
او اثنان او شهد بذلك شاهدان نعن محمد روايتان في روايه لا يحبسه وبه يفتي الفضلي وهو قول
اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة وهكذا قال نصير بن يحيى وقال الاسكاف وعامه مشايخ ما ورا النهر
يحبسه ولا تقبل هذه البينة لان البينه على العسار بينه على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمويد • وقيل
الحبس ما ايدت بمويد وبعد مضي مدته يايدت بمويد لان الظاهر انه لو كان قادرا على القضا لما تحمل مرارة

الحبس قال شيخ الاسلام سوال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط وليس بواجب لان بينته
على عساره بينة على النفي وهي ليست بحجه فالواهذا اذا لم يكن حال منازعه • اما لو ادعى المديون انه
اعسر بعد ذلك وقال الطالب انه موسر وشهد انه معسر خلى سبيله ولا يكون هذه شهادة على النفي
لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فكانت الشهاده على امر حادث لا بالنفي • ولو طلب يمين الطالب
انه لا يعرف انه معدم يحلف فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس • قال ابو القاسم كيفية الشهادة
ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا
وعلانية وهذا اتم وابلغ **قوله** وفي الجامع الصغير الى اخره انما ذكر لفظ الجامع لان روايه
الجامع من حيث الظاهر بخلاف ما ذكر في اول الفصل من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في
اول الوهله وهنا قال يحبسه متصلا باقراره فذكر لفظ الجامع ثم ذكر تاويله بقوله ومراده
اذا اقر عنده وظهرت مماطلته الى اخره قال فخر الاسلام معنى المسله اذا كان جاحدا فاقر عنده
وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته واظهر له مماطلته بعد ما اقر عنده غيره فحينيذ يحبسه
فاما اذا اقر مرة فلا يحبسه لما مر **قوله** الا اذا امتنع من الانفاق عليه فحينيذ يحبس اما في دين
المداينه لا يحبس بلا خلاف وفي الامتناع من الانفاق عليه يحبس بلا خلاف ايضا • وفي الذخيره
وكذا كل من اوجب عليه النفقه وابى من الانفاق يحبس ابا كان او اما او جدا او جدة او زوجا
لان في ترك الانفاق عليهم سعيا الى هلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصده الى اتلاف الولد
قوله لسقوطها اي لسقوط نفقه الولد بمضي الزمان • اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس • وفي الذخيره والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب
على عبده دينا • وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن على العبد دين لانه اذا لم يكن دينه من
جنس بدل الكتابه لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذ يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع
المقاصه والمكاتب في اكتسابه بمنزله الحر فيكون له حق المطالبة من المولى فيحبس عند مطله •
اما المكاتب لا يحبس بدين الكتابه لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل
الكتابه يحبس فيه لانه لا يمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الروايه • وعن بعض مشايخنا هما سوا لانه
يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الروايه
ان بدل الكتابه صله من وجه بخلاف ساير الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورده عقيب الحبس لانه من عمل القضاة ايضا ولكنه يحتاج تمامه الى اثنين والحبس
يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين • وفي المبسوط القياس يابى جواز العمل بكتاب القاضي
الى القاضي لما فيه شبهه التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس
اليه لحديث على انه جوز لحاجه الناس الى ذلك واصله ما روى الضحاك بن سفيان ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كتب ان اورث امراة اشيم الضبابي من ديه زوجها رواه ابو داود والترمذي
وعليه اجمع الفقها **قوله** في الحقوق اي الحقوق التي تثبت مع الشبهات اذ في الحدود والقصاص
لا تقبل عندنا كما يجي **قوله** على خصم حكم بالشهادة والمراد من الخصم هنا الوكيل عن الغايب او
المسخر الذي جعل وكيلا لاجل اثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلا عنه في الحقيقه اذ لو كان
المراد هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي اذ الحكم يتم على الخصم بحكمه ولو لم يكن خصما
اصلا لا المدعى عليه ولا نايبه وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضى على الغايب وهو لا يجوز عندنا وعند
الايمة الثلاثه يجوز الحكم على الغايب فلا يحتاج الى خصم وهو المدعو سجلا اذ السجل لا يكون الا بعد الحكم والكتاب

الحكمي وهو المعروف بكتاب القاضي الى القاضي لا يكون الا قبل الحكم كما ذكر في المتن **قوله** وهو نقل الشهادة
في الحقيقة يعني في السجل لا سبيل للمكتوب اليه برده وان كان مخالفا لمذهبه لما ان حكم القاضي في السجل
اذا وقع في مسئلة مختلف فيها ليس لقاض اخر رده لاتصال حكم القاضي به بخلاف كتاب الحكمي فان للقاضي
المكتوب اليه ان يجوز رده لانه لم يتصل به حكم وهو بمنزلة الشهادة على الشهادة في الحقيقة الا يرى
ان للقاضي الاول ان يبطله قبل ان يبعث به الى الثاني فان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه ذلك منها
فكذا للثاني ان لا يعمل بكتابه الا ان يكون ذلك من رايه كذا في المبسوط **قوله** ويختص بشرايط ومن
الشرايط المعلوم الخمسة ذكرها في الذخيره هو ان يكون الكاتب معلوما والمكتوب اليه معلوما والمدعى
به معلوما والمدعى عليه معلوما والمدعي به لمعلوم وشرايط اخر نذكرها في هذا الباب ان شا الله
تعالى ثم اعلام كل واحد من هولا المذكورين يكون بذكر اسمه واسم ابيه واسم جده او قبيلته لان اعلام
الانسان اذا كان غايبا بهذه الاشيا ولو لم يذكر اسم ابيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق وبذكر
ابيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند ابي حنيفه ان كان مشهورا **قوله** لا يحتاج فيه الى
الاشارة **فان قيل** الاشارة في النكاح شرط عند دعوى الرجل او المراه من الجانبين وكذا
في الامانة والمغصوب وغيرهما وكتاب هذه الاشيا كالحيوان والعروض والثياب ولا يقبل
كتاب القاضي في هذه الاشيا في ظاهر الروايه **قلنا** دعوى نفس النكاح ونظايره لا يحتاج
الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشاره الى نفس الرجل او المراة اذ كل
واحد خصم والاشارة الى الخصم شرط وهو ليس بمدعا والمدعى الفعل ومثل هذا يوجد في الدين
ايضا فانه يحتاج فيه ان يشير الى رب الدين والمديون لان الدين في الذمة والاشاره الى الغريم
والمديون شرط والمدعا الدين فكذا ههنا اليه اشار في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد •
للحاجة الى الاشارة فلا يقبل عند ابي حنيفه ومحمد في العبيد والجواري ايضا وهو القياس والمنصوص
من الشافعي انه لا يجوز في المنقول وهو اصح القولين عنده واستحسن ابو يوسف في العبيد
فقال العبد يابق من مولاه دون الامة لان العبد يخدم خارج البيت فيقدر على الاباق غالبا
فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم فلا تقدر على الاباق غالبا فلا تمس الحاجة
كذا في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد **قوله** بشرايط تعرف في موضعه من المبسوط والذخيره
وشرح ادب القاضي للصدر الشهيد والمغني • وما ذكرنا من ان يكتب من معلوم الى معلوم في
معلوم **ومنها** ان يكلف المدعي انه كان له عبد فايق وهو اليوم في يد فلان بن فلان في البلد
الفلاني ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب منها
فاذا كتب وختم كما يجب بعد ما ورد الكتاب على المكتوب اليه احضر القاضي المكتوب اليه المدعى
عليه والعبد فنظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حليه الغلام ما في الكتاب ختم في عنق العبد
من الرصاص ودفع الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك واخذ منه كفيلا من غير ان يقضي له
بالملك واخذ منه كفيلا وامره ان يذهب الى القاضي الكاتب فاذا جا به اليه امره القاضي الكاتب باعادة
البينة على ان هذا العبد بعينه ملكه فاذا اعاد يقضي القاضي الكاتب به له ثم يكتب الى قاضي تلك
البلدة ليبرى كفيله كذا في المبسوط وغيره • فاذا شهد وا كذلك ثانيا اختلفت الروايه عن ابي يوسف
في روايه يقضي ويرسل الى قاضي المكتوب ليبرى كفيله كما ذكر في المبسوط • وفي بعض الروايات
عن ابي يوسف لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غايب بل يكتب كتابا اخر الى المكتوب اليه ليحضر المدعا
عليه ويقضي بحضرته ويحكم كذلك ويبرى الكفيل هذا في العبد وفي الجارية لا يدفعها المكتوب اليه الى

المدعي ولكن يبعث بها معه على يد امين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطيها وان كان امينا في نفسه
لانه يزعم انها مملوكته ولكن ابو حنيفه ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض القبح فانه اذا دفع
اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فياكل من غلته قبل ان يثبت فيها بعضا العبد له وربما يظهر
العبد لغيره لان الحليه والصفه يشتبهان الا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحليه والصفة
وفي الحليه • وحكى الشافعي عن بعض الحكام على مذهب القايلين بجواز الحكم ينادي في القاضي المكتوب
على العبد فاذا تم ثمنه قال لمدعيه ادفع ثمنه يكون موضوعا على يد عدل وخذ العبد فان عينته
شهودك حكم القاضي به وكتب الى برد الثمن عليك وان لم يعينوه لزمك رده واخذ الثمن من يد
العدل **قوله** وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وبه قال ملك واحمد والشافعي في قول
وعليه المتاخرون • قال الاسبيجابي وعليه الفتوى ولكن شرط ان يكون المنقول مما يتميز
بالعلامة وكذا الشافعي في قول **قوله** وهذا اي اشتراط الحجه عند عامه الفقها وعن الحسن
البصري والعنبري والشعبي وابي ثور والاصطخري من اصحاب الشافعي وابي يوسف في روايه
وملك في روايه انهم قالوا اذا كان يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في كتاب الاستيمان
من اهل الحرب وكما في رسول القاضي الى المزكي **وقلنا** انه اي كتاب القاضي ملزم اذ يجب على
القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به فلا بد من الحجة حتى يثبت كونه ملزما والحجه هي البينه
اما كتاب الاستيمان ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شا اعطاه الامان وان شا لم يعطه فلا يشترط
فيه البينه وكذا رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي ليس بملزم بل الملزم الشهادة
اذ القضا مضاف الى الشهادة • ولهذا لو اوصي بدون التزكيه صح قضاوه وانما التزكيه لنوع رجحان
الصدق **فان قيل** ما فايده كتاب القاضي الى القاضي فالشاهدان على الكتاب يجوز ان
يشهدا على شهادة الاصول حتى لا يحتاج الى الكتاب **قلنا** في الشهادة على الشهادة يحتاج
القاضي الاخر الى تعديل الشهود الاصول وقد يتعذر معرفه عدالة الاصول في تلك البلدة
فلا يحصل المقصود وهنا يكتب عدالة الشهود الذين يشهدوا عنده فلا يحتاج المكتوب اليه
الى التعديل ثانيا وقيد الرسول بكونه مرسلا الى المزكي او على العكس لان رسول القاضي الى
قاض اخر غير معتبر في لزوم القضا على الاخر بدون بينة ولا بالبينه والفرق بين كتابه ورسوله
وجهين احدهما ان القياس يابي جواز كتاب القاضي الى القاضي كما بينا الا انا جوزنا بالاثر
كما بينا واجمع التابعون على جوازه ولم يرد مثل ذلك في الرسول فعملنا به بالقياس والثاني
ان الكتاب من القاضي جعل كالخطاب في موضع القضا المكتوب والكتاب وجد من موضع القضا
فيكون كالخطاب في موضع القضا فيكون حجه • اما الرسول عند ادا الرسالة كان ذلك مرسل
حضر في هذا الموضع بنفسه الا ترى ان يحضر تزويج الولي في تزويج ابنته البالغة لو كان فضوليا يشترط
فيه العدد او العداله على قول ابي حنيفة ولو كان رسولا لا يشترط بالاجماع لقيامه مقام المرسل
وقت التبليغ فلما كان هذا من المرسل بمنزله خطاب المرسل في هذا الموضع ليس بقاض **وقوله**
في غير موضع قضايه كقول واحد من الرعايا فلذلك لم يقبل قول رسوله ويقبل كتابه الى هذا
اشار في الذخيره **قوله** ويجب ان يقرا القاضي الكتاب عليهم اي على الشهود على كتابه او يعلمهم
به اي بما في الكتاب يعني علم ما في الكتاب شرط عند ابي حنيفه ومحمد والشافعي واحمد وملك
في روايه واعلامهم يحصل بطريقين • اما بقراه الكتاب عليهم او باخباره لهم بما في الكتاب والشرط
اي عند ابي يوسف ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وبه قال ملك في روايه ويسلم الكتاب الى

المدعي وعليه عمل القضاة اليوم وهو اختيار الفتوى على قول شمس الايمه وعلى قول ابي حنيفة
ومحمد يسلم الكتاب الى الشهود واجمعوا في الصك ان الاشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما
في الكتاب فاحفظ هذا فان الناس اعتادوا اخلاف ذلك حيث يشهدون على ما في الصك من غير
قراه الحدود وغير ذلك • قيل هذا في محلمات القاضي العني وما قالوه احتياطا وما قاله ابو
يوسف توسع • ومن الشرائط عندهما ان يحفظوا الشهاده بما في الكتاب من وقت التحمل الى وقت
الاداء كما في جميع الشهادات كذا في الذخيره • ومن الشرائط عندهما ان يكون الكتاب معنونا بان
يكتب فيه هذا كتاب من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى فلان بن فلان القاضي والشرط العنوان
الباطن عندهما لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفي المكتوب اليه بالعنوان الباطن
جاز وعلى العكس لا يجوز وصورة العنوان الظاهر في زماننا ان يكتب قبل كتابة التسمية من جانب
اليسار من فلان بن فلان الى القاضي الامام فلان بن فلان قاضي بلد كذا او يكتب في جانب اليمين
فوق كتابة التسميه بسم الله الملك الحق المبين ونحو ذلك الى القاضي الامام فلان بن فلان قاضي
بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاه المسلمين وحكامهم فان كتب الى قاضي بلد كذا وفي البلد
قاضيان لا يصح ولو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان
ابن فلان الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق
المبين الى قاضي بلد كذا فلان بن فلان والى كل من يصل اليه من قضاه المسلمين وحكامهم ثم يكتب
بعد التسميه هذا كتابي اطال الله بقا فلان القاضي الى اخره كما هو الرسم في الكتاب ثم يكتب اما بعد
ثم اذا كان القاضي يعرف المدعي بوجهه واسمه ونسبه يكتب في كتابه حضر في مجلس قضاي
في بلد كذا وانا مقيم بها نافذ القضا من جهه فلان كما هو الرسم ويذكر حليته • وان لم يعرفه
بوجهه وهو يقول انا فلان بن فلان سال عنه البينه ويذكر في كتابه حضر رجل يزعم انه فلان
ابن فلان ولم اعرفه فسالت عنه البينة ويذكر اسما الشهود وانسابهم وحلاهم ومساكنهم ان
كتب ذلك كان اولى وان لم يكتب اسمايهم وانسابهم واكتفى بقوله فاقام شهودا عدولا عرفتهم
بالعداله او سالت عنهم فعدلوا او عرفوا بالعداله جاز • ثم يذكر بعد ذلك فشهدوا انه فلان
ابن فلان وسعيت في تعريفه فان ذكر حليته مع ذلك كان ابلغ وان ترك لا يضره لو لم يذكر جده
لانه تم تعريفه في قول ابي حنيفة وتم في قولهما ولهذا الخلاف لو ذكر قبيلته او صناعته لا يكون
تعريفا بالاتفاق • ثم يكتب من غير خصم احضره ولا نايب عن خصم حضر معه وادعى ان له دارا
في بلده كذا في محله كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرف المدعى عليه على
وجه التمام وان كان رجلا مشهورا لا يحتاج الى هذا بل يكتب ادعى على فلان ولا بد ان يذكر
ادعى المدعي انه غايب عن هذه البلدة مسيره سفر لان بين العلما اختلافا في تقدير المسافه
التي يجوز كتاب القاضي الى القاضي فيها وكثير من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسيره السفر
وبه قال الشافعي واحمد في وجه • وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما
دون السفر قال بعض المتاخرين من اصحابنا هذا مذهب ابي يوسف ومحمد وبه قال مالك
والذي يقتضي مذهب ابي حنيفه انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة • ثم يكتب وهو جاحد
لدعوى المدعي هذا وشهوده على صحه دعواه ههنا ويتعذر عليه الجمع بينه وبينهم فسالني
الاستماع الى شهادتهم لاكتب بما صح عندي من شهادتهم الى القاضي فلان فاجبته اليه
فاحضرهم وهم فلان وفلان يكتب اسم كل واحد ونسبه وقبيلته وتجارته ان كان تاجرا

ومُصَلاه وتحليته بتمام التعريف فشهد كل من هولا بعد دعوى المدعي هذا والاستشهاد
منهم شهادة مستقيمة متفقه اللفظ والمعنى ولهذا روي عن محمد قالوا ينبغي ان لا يكتفي بهذا
القدر بل يفسر الشهادة ويبينها فيكتب اما الاول فشهد بكذا ويفسر شهادته ومنها فان
كان المدعى به عقارا يذكر موضعه وحدوده الاربعه • وان كان غلاما يذكر اسمه وحليته
وصِفتهُ وحرفتهُ واسم مولاه واسم ابيه وجده وكذا في الدين يذكر قدره وجنسه وصفته
كما هو المعروف • فيكتب شهدوا ان لفلان المدعي على فلان بن فلان هذا الذي ذكر اسمه ونسبه في
هذا الكتاب اداء هذا المال ليقبضه لنفسه • وقد اختلف المتاخرون في انه هل يشترط ذكره
هذا والصحيح انه لا يشترط • ويشترط شان سبب الدين لتكون الشهاده موافقه للدعوى • ثم
يكتب وشهد كل واحد من الباقين بمثل شهادته هذه واشار في مواضع الاشارات ولا يكتب
على مثل شهادته • ثم يكتب فاتوا بالشهاده على وجهها وساقوها على سننها فسمعتها واثبتها في
المحضر المخلد في ديوان الحكم ثم بعد ذلك ان عرف القاضي الشهود اثبت ذلك في الكتاب وهم
معروفون عندي بالعداله والرضى وان لم يعرفهم سال المزكي عن حالهم الى من اليه التزكيه
والتعديل وهم فلان وفلان ونسبهم الى العداله والرضى وقبول القول • ثم الكاتب بعد ما
ظهرت عدالة الذين شهدوا اما الحق عنده حلف المدعي بالله ما قبضت هذا المال منه ولا يعلم ان
رسولك ووكيلك قبض منه ويستحلف مع ان احدا لا يدعي عليه شيا لان القاضي نصب ناظرا لكل
من عجز عن النظر لنفسه والغايب عاجز عن النظر لنفسه فنظر له القاضي • واذا كتب
الكتاب بالصفة التي ذكرنا يكتب في اخر الكتاب يقول القاضي فلان بن فلان قاضي بلد كذا اكتب
هذا الكتاب عني بامري ان كان كاتبه غير القاضي وجرى الامر على ما بين فيه مني وعندي
وهو كما كتب فيه وهو معنون بعنوانين عنوان على ظاهره وعنوان في باطنه وهو مختوم
بخاتمي ونقش خاتمي كذا وهو مكتوب على ثلاثه انصاف من الكاغد وهو موقع بتوقيعي كذا اكتب
التوقيع على صدره اشهدت عليه شهودا وهم فلان بن فلان وفلان بن فلان يذكر اسمايهم
وانسابهم وحلاهم وقرات الكتاب عليهم واعلمتهم بما فيه وختمت الكتاب بمحضر منهم واشهدتهم
على جميع ذلك وكتبت هذه الاسطر في اخره وهي كذا احطا خطي في تاريخ كذا ولا يكتب في اخر
الكتاب ان شاء • وينبغي ان يكتب نسختين نسخه في يد المدعي مختوما وتلك النسخه من غير زيادة
ولا نقصان نسخه اخرى في يد الشهود لان علم الشاهد بما في الكتاب شرط عند ابي حنيفة ومحمد
كذا في فتاوى قاضي خان والمغني هذا الذي ذكرنا كله من جانب الكاتبه **ثم شرع**
في بيان احكام المكتوب اليه **وقال** واذا وصل الى القاضي الى اخره لم يقبله اي الكتاب
وفي بعض النسخ لم يفتكه ولكن الاول اوفق لرواية الكتب من الجوامع وفتاوى قاضي خان فانه
قال يجمع بين المدعي وخصمه فاذا حضر واقر استغنى عن الكتاب وان انكره المكتوب اليه يقول
له لا بد لك من حجه فان قال معي كتاب القاضي قال ابو يوسف ياخذ الكتاب بلا بينه • وقال ابو حنيفه
ومحمد لا ياخذه بلا بينه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي اليك وهو مختوم بختمه يقبله ولا يفتحه
حتى يسال عن الشهود في قولهما عما في الكتاب • وفي المبسوط لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم
وهذا يدل على جواز القبول بدون حضره الخصم ولا يجوز الفتح واليه اشار في الذخيره لانه
اي الكتاب بمنزله الشهادة اي في معنى الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود
بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف سماع القاضي

فانه يسمع الشهاده وان كان الخصم وهو المدعى عليه غائبا لما ان سماعه لا للحكم بل للنقل فكان
سماع تلك الشهاده بمنزله تحمل الفرع شهادة الاصول وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم
فكذا ههنا **قوله** ولم يشترط في الكتاب ظهور العداله **وقوله** والصحيح انه يفض
اي يفتح احترازا عن هذه الرواية والذي اختاره المصنف موافق لشرح ادب القاضي للصدر الشهيد
ومخالف لما اختاره في المغني فانه قال فيه وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العداله ثم قال ثنا
قال محمد اصح اي يجوز الفتح بالشهادة بكتاب القاضي وختمه من غير تعرض عداله الشهود **قوله**
او لم يبق اهلا للقضا بان جن او فسق او صار اعمى • وفي الذخيره اذا مات الكاتب او عزل قبل
ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل المكتوب اليه به عندنا وقال ابو يوسف والشافعي
يعمل به وقال احمد لان كتاب القاضي بمنزله الشهاده على الشهاده لانه بكتابه ينقل شهادة الذين
شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة به فكان بمنزله شهود الفرع لا يمنع القضا
وقلنا نعم ان الكاتب ينقل الشهادة الا ان لهذا النقل حكم القضا ولهذا الاصح هذا النقل الا من
القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة • ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل لسماع البينة
قضا فدل ان لهذا النقل حكم القضا ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب
القضا على المكتوب اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراته فلم يكن النقل تاما فبطل بموت القاضي
كما في ساير الاقضيه اذا مات القاضي قبل اتمامها ولو قبله مع هذا وقضى به ثم رفع الى قاض
اخر امضاه لان قضاه صادف مجتهدا • وكذا الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه
قبل القراه لا وجوب القضا على المكتوب اليه عند القراه فلم يكن الفعل تاما ولو مات بعد الوصول
والقراه فالمكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الروايه • ولذا لو مات المكتوب اليه او عزل او
ولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه به عندنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول شهادة
الشهود على ما حفظوه وتحملوه ومن تحمل شهاده وشهد بها وجب على كل قاض الحكم بشهادته
وكما لو قال الى كل من يصل اليه من قضاه المسلمين وقلنا ان القاضي الكاتب علم الاول وامانته
والقضاة يتفاوتون في ادا الامانة لانهم غير معصومين عن الخيانه فصاروا كالامنا في الاموال
فههنا صح التعيين فكذا ههنا بخلاف ما اذا كتب والى كل من يصل من قضاة المسلمين وحكامهم
فذلك لا يجوز في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفه وبقول ابي
يوسف قال الشافعي واحمد وابو يوسف توسع فيه حين ابتلي بالقضا واستحسن كثيرا من المسايل
تسهيلا للامر على الناس وابو حنيفه اخذ بالاحتياط فان اعلام الكاتب والمكتوب اليه شرط صحة
صحه الكتاب بالاتفاق وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر بخلاف ما اذا عين قاضيا وعرفه ثم كتب
الى كل من يصل كتابي هذا لانه لما عرف الاول صح كتابه الى القاضي اليه فيجعل المضموم تبعا له وكم من
شي يثبت تبعا ولا يثبت قصدا وله نظاير كثيره كذا في الذخيره **قوله** سفد الكتاب على وارثه
وفي المحيط سوا كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا خلاف فيه **قوله** ولا
يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص وبه قال الشافعي في قول وفي اخر يقبل وبه قال
مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار
كالشهادة على الشهادة فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات **فصل اخر** لما ذكر
ان قضا القاضي في المجتهدات ينفذ احتاج الى بيان اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله**
ويجوز قضا المراة في كل شي الى اخره وقال الشافعي ومالك واحمد لا يجوز لان المراة ناقصة

العقل

العقل غير اهل للحضور في محافل الرجال ومحافل الخصوم وقال عليه السلم ما افلح قوم ولوا امرهم
امراه رواه البخاري **قوله** وقد مر الوجه وهو ان القضا من باب الولايه والمراة من اهل الشهادة
فتكون من اهل الولايه والحديث يدل على نقصان حال ذلك القوم لا على عدم جواز توليتهما ولا يجوز في
الحدود والقصاص لعدم جواز شهادتها فلا يكون فيها اهلا للقضا اذ حكم القضا يستقى من حكم
الشهادة اذ كل منهما من باب الولايه **قوله** وليس للقاضي ان يستخلف الا ان يفوض اليه
ذلك وبه قال الشافعي ومالك واحمد ولو اذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف ولو نهاه عن
الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف ولو ولاه وسكت عن النهي والاذن فعندنا لا يجوز وبه قال الشافعي
ومالك واحمد • وعن الاصطخري من اصحاب الشافعي يجوز اذا ولاه في عمل لا يقدر ان يتولاه بنفسه
لانه اي القاضي قلد القضا دون التقليد به اي بالقضا وهو يصرف عن تقليد وتفويض والامام
انما رضي بتصرفه لديانته وامانته والناس يتفاوتون في ذلك • ولهذا قلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل
فلا يكون مطلق التفويض اذنا له بالاستخلاف بخلاف المامور باقامة الجمعه حيث يجوز له استخلاف
غيره وان لم يؤذن بالاستخلاف لانه لما فوض اليه اقامة الجمعه مع علمه ان العوارض المانعه من
اقامتها من المرض والحدث في الصلاه مع ضيق الوقت وغيرهما قد تعتريه ولا يمكن انتظار الامام
الاعظم لانها لا تحتمل التاخير عن الوقت كان اذنا له بالاستخلاف دلالة وههنا تاخير سماع
الخصومه الى وجود الاذن من الامام الاعظم ممكن لانه غير موقت بوقت فلم يثبت الاذن صريحا
ولا دلالة بالاستخلاف فلا يملك التفويض الى الغير وهذا معنى قول الشيخ لانه اي لان اداء الجمعه
على شرف الفوات الى اخره • وفي المبسوط والاستخلاف في الجمعة للغير انما يجوز ان كان المامور
شهد الخطبة فاذا لم يكن حضر الخطبه لا يجوز للخليفه اقامة الجمعة اذ الخطبه من شرايط افتتاح
الصلاه • اما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة يجوز لان هذا المامور بان
وليس بمفتتح والخطبه شرط الافتتاح وقد وجد ذلك في حق الاصل ولذا لو افسدها هذا
الخليفه واستفتح يجوز ولو لم يشهد الخطبه لان شروعه فيها صح وبعد الشروع التحق بمن شهد الخطبه
حكما **قوله** ولو قضى الثاني اي عند غير الاول **قوله** حتى لا يملك الاول عزله لانه صار
قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك عزله وقال احمد يملك عزله وبه قال الشافعي لانه نايبه فصار
كوكيله والموكل يملك عزل وكيله وقلنا الماصح استخلافه من جهة الخليفه فيكون هو نايبا عن الخليفة
فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له الخليفه ول من شئت واستبدل من شئت فصار كالوكيل اذا
قال له الموكل اعمل برايك صح توكيله على الموكل وصار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل الثاني
لا ينعزل وكيله فكذا اذا عزله الاول **قوله** الا ان يخالف الكتاب كالحكم بحل متروك التسمية
عامدا او السنه اي المشهورة كالحكم بحل المطلقه ثلاثا بمجرد النكاح الزوج الثاني بلا دخول على مذهب
ابن المسيب وابن جبير فان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة • او الاجماع
كالحكم ببطلان قضا القاضي في المجتهدات على ما يجي **قوله** وفي الجامع الى اخره وانما ذكر لفظ الجامع
لهذا اللفظ المذكور لان فيه فايدة ليست في غيره انه قيد بالفقها لان القاضي اذا كان غير عالم بموضع
الاجتهاد فامضى قضاوه في موضع الاجتهاد فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه كذا ذكره في
فصول الاستروشني محالا الى المحيط والذخيره قال لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك
قيل ينفذ قضاوه • وقال عامتهم لا ينفذ وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الايمة هذا
هو ظاهر المذهب والثانيه انه قيد بقوله يرى غير ذلك ففي روايه القدوري لم يتعرض بذلك

فيحتمل ان قوله امضاه فيما اذا كان راى القاضي موافقا الحكم الاول واذا كان مخالفا لا يمضيه
فاما في رواية الجامع بان ذلك الامضا عام فيما سوى المستثنيات سوا كان يوافق راية
او يخالف لان الحكم لاقى محلا مجتهدا فيه فينفذ ولا ينقض باجتهاد اخر وقد صح عن عمر انه قلد
القضا لابي الدردا بعد كثرة اشغاله فاختصم الى ابي الدردا رجلان في شي فقضى لاحدهما ثم
لقي عمر المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضى علي فقال عمر لو كنت مكانه لقضيت لك فقال
المقضي عليه وما يمنعك عن القضا فقال عمر ليس هنا نص والراي مشترك • وعن عمر انه قضى
في حادثه بقضيه ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما
نقضي ولان الاجتهاد الثاني الى اخر كما ذكر في المتن **قوله** فعنه اي عن ابي حنيفه روايتان
في روايه لا ينفذ وبه يفتي شمس الايمه الاوزجندي لانه زعم فساد قضايه فيعامل في حقه
بزعمه وفي روايه ينفذ وبه يفتي الصدر الشهيد والمرغيناني لانه ليس بخطا بيقين لان كل مجتهد
يقطع القول بان الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه بل الامر محتمل عنده فتعين الصواب
فيما اتصل به القضا • وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضا فقال من وجه من قال
بالجواز ان القاضي مامور بالمشاورة ولو لم يجز له الاخذ براي غيره اذا كان مخالفا لرايه لم يكن
للامر بالمشاورة فايده ووجه من قال بعدم الجواز قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا
تتبع اهواهم نهى القاضي عن اتباع هوى الغير اذا كان مخالفا لرايه اتباع هوى الغير **قوله**
وعندهما لا ينفذ في الوجهين اي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ومالك واحمد وعليه الفتوى
لانه زعم فساد قضايه والمرء مواخذ بزعمه كذا في المحيط • وذكر في الصغرى الفتوى على قول ابي
حنيفه في نفاد القضا على خلاف المذهب وعندهما لا ينفذ • وفي فتاوى ظهير الدين اسحق
للسلطان ان ينقض ذلك **قوله** والمراد بالسنه المشهورة فقوله المشهوره رفع على انه
خبر للمبتدا **قوله** اجتمع عليه الجمهور في المغرب جمهور الناس جلهم واكثرهم بمعنى الاجماع
ينعقد باجماع اكثر اهل الاجماع فلا يعتبر بمخالفة الاقل لان العبره للاكثر **فان قيل**
ذكر في اصول شمس الايمه والتقويم وغيره ان الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض ولهذا اختلفوا في
اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم لا يكون اجماعا **قلنا** نعم كذلك لكن ذلك فيما اذا
سوغوا له الاجتهاد في ذلك الحكم • اما اذا لم يسوغوا له الاجتهاد فيه فلا يعتبر بمخالفته فيه
وما ذكر في الكتاب من ذلك القبيل بدليل ما ذكر شمس الايمه في اصوله • وكان الكرخي شرط الاجماع
ان يجتمع علما العصر كلهم حتى لو خالفهم واحد لم يثبت حكم الاجماع وبه قال الشافعي الى ان قال
والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له الاجتهاد
لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله كقول ابن عباس في زوج وابوين وامراة وابوين للام ثلث جميع المال وان
لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله كقول ابن عباس في حل
ربا النقد فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد لانه يخالف لظاهر الكتاب حتى روي انه رجع
الى قولهم وكان الاجماع ثابتا دون قوله **قوله** الصدر الاول وهم الصحابة وفي الذخيرة انما
اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين اصحابه ومن معهم من السلف ولم يعتبر
الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه • وفي المستصفى يشير
الى ان العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف الا ترى ان القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ
قضاؤه لانه قضا في مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يقتضي

حملا لامر القضا على الصواب وذكر في الذخيرة الاختلاف في نفاد القضا صح

حكمه • وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامراتين ثم رفع الى قاض اخر يرى خلاف ذلك
فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق نفاد القضا الاول في هذه الصوره حصوله في محل مختلف
فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضا الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المراة
من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان يدل على شهادة النساء
مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ وان ورد في باب المداينه الا ان العبره لعموم اللفظ لا لخصوص
السبب ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النسا مع الرجال في هذه الصورة فلو قضى بجواز
نكاح بغير شهود نفذ قضاؤه لان مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود
وقد مر في النكاح وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر
التصرفات او تسميه يقتضي ان لا يشترط الشهادة **قوله** في الباطن اي عند الله تعالى ومن
صورة التحريم ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت
باخر بعد انقضا العدة فعلى قول ابي حنيفه وهو قول ابي يوسف اولا لا يحل للزوج الاول وطيها
ظاهرا او باطنا ويحل للثاني ظاهرا وباطنا بحقيقة الحال اولا وعلى قول ابي يوسف اخرا ومحمد والشافعي
ومالك واحمد لا يحل للثاني وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال • ومن صورة التحريم ايضا صبي وصبية
سبيا وهما صغيران نكرا واعتقا ثم تزوج احدهما الاخر فجا حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه
فالقاضي يقضي بنسبهما ويفرق بينهما فان رجع الشهود او تبين انهم زور لا يسع للزوج وطيها
عنده لان القضا بالحرمة نافذ ظاهرا وباطنا • وكذا عند محمد لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود
ومن صوره الاحلال ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد واقام بينة كاذبة وقضى القاضي
بالنكاح حل للزوج وطيها وللمراة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وقد مر في النكاح
اي من قضا القاضي بشهادة الزور في النكاح بلا بدلها **قوله** وقال الشافعي يجوز اذا كان
غايبا عن البلد او عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد قولا واحدا وبه قال مالك واحمد ولو كان
غايبا عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد قولان اصحهما انه لا يحكم بدون حضوره وبه قال احمد
ومالك اذ في المستتر تضييع الحقوق وفي غيره لا والثاني انه يجوز ان يحكم عليه لوجود الحجة
وظهور الحق واحتج الشافعي بقوله عليه السلام البينة على المدعي فاشتراط حضور الخصم لاقامة
البينه زيادة عليه • ولما قالت هند يا رسول الله ان ابا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي
فقال عليه السلام خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقه وهو غايب
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الاخر فانك
لا تدري بما تقضي رواه الترمذي وقال حديث حسن فعلم ان الجهالة تمنعه عن القضا والجهالة لا
ترتفع الا بكلامهما • واما قوله عليه السلام البينه على المدعي فدليلنا لان البينه اسم لما يحصل
به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي لانه حاصل بقوله ولا في حق القاضي لانه حاصل
بقول المدعي اذا لم يكن له منازع انما الحاجة الى البيان في حق الخصم الجاحد وذلك لا يكون الا
بحضوره الا ترى انه عليه السلام جعل البينه على المدعي في حال لو عدمها استحلف الخصم فقال
واليمين على من انكر ولا يكون ذلك الا بحضره منه ولان البينة حجه ولا يكون حجه عليه ما لم يظهر
عجزه عن الدفع والطعن • والقران صار حجه على الناس حين ظهر عجزهم عن المعارضه وظهوره لا
يكون الا بحضوره ولا حجه له في حديث هند لانه عليه السلام كان عالما بسبب استحقاق النفقه على ابي
سفيان وهو النكاح الا ترى انها لم تقم البينه ولا باحد المتداعيين فيكون حضوره شرطا للقضا كحضور

المدعي بل اولى فان المدعي ينتفع بالقضا والمدعى عليه يتضرر فاذا اشترط حضور من له النفع
فحضور من له الضرر اولى ان يشترط ولان انكار الخصم شرط للعمل بالبينة حتى لا تسمع البينة على
المقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضا وبغيبة الخصم يفوت شرط العمل بالبينة وهو
الانكار وانكاره وان كان ثابتا بطريق الظاهر اما الشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا ما لم
يتيقن به ولهذا لو قال لعبده ان لم ادخل اليوم الدار فانت حر فمضى اليوم وقال دخلت وقال العبد
لم يدخل لم يعتق العبد وان كان عدم الدخول ثابتا بطريق الظاهر وفي الاسرار اسند الدخول الى
العبد بان قال له ان لم يدخل الدار فمضى اليوم ولا يدرى ادخل اولا والعبد يدعي عدم الدخول لم
يعتق وان كان الاصل هو العدم لانه جعله شرط العتق فما لم يثبت بدليله لا يعتق وكذا فيما نحن فيه
وان كان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد يد ملك فلا يكون ذلك دليلا متى جعل شرطا لغيره
لما عرف ان الاستصحاب يكون حجة دافعة لا موجبة فلا يصير به البينة بالظاهر حجة وهذا اس المسلة
فان الاستصحاب عنده حجة موجبة **فان قيل** الخلاف ثابت فيما اذا احضر وانكر ثم غاب
قلنا بقا الانكار الى حين القضا شرط لان البينة انما يصير حجة بالقضا وبقاوه محتمل
فان قيل لو حضر وسكت يسمع البينة مع ان سكوته محتمل للاقرار **قلنا** جعل القاضي
سكوته انكارا اذ الظاهر من حال المسلم ان لو كان عليه حق لما سكت كذا في المبسوط والاسرار
والذخيره **فان قيل** وقف الحكم الى حضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد لان
المدعى عليه لو حضر فاما ان يقر او ينكر فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة عليه **قلنا** بل هو
مفيد لانه يحتمل ان يطعن في البينة ويثبت طعنه بالحجة ويحتمل ان يسلم الدعوى ثم يدعي الادا
الى المدعي ويثبت بالحجة ولانه لو حضر يحتمل انه اقر فيبطل حكم البينة اذ لا حكم بالاقرار فكان
حكمه بالبينة في غير محله ولان حكم القضا بالاقرار غير حكم القضا بالبينة لان حكم القضا بالبينة
يقع على الناس كافة وبالاقرار يختص بالمقر ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها
رجل بالبينة ياخذها وولدها ولو اقر بها لرجل ياخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بايعها وبالبينة
يرجع الباعة بعضهم على بعض والمسلة معروفة **قوله** خلاف ابي يوسف فانه قال الحكم بها
لان انكاره سمع نصا ووجد شرط صحتها كما لو اقر ثم غاب يقضى بالاقرار • وفي نوادر ابن سماعه
عن محمد انه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق
الطعن في الشهود والقضا عليه حال غيبته يبطل هذا الحق • اما ليس له حق الطعن في اقراره
فالقضا عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقه وكان ابو يوسف يقول اولا لا يقضى بالبينة
والاقرار على الغايب جميعا ثم رجع حين ابتلي بالقضا وقال يقضى فيهما جميعا واستحسن في ذلك
حفظا لاموال الناس وحقوقهم كذا في الذخيره والمغني • **وقوله** من يقوم مقامه اي مقام
الغايب في اول المسلة قد يكون بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي
قيد به احترازا عن المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين ذكر في الذخيره • وتفسير
المسخر ان ينصب القاضي وكيلا عن الغايب ليسمع القاضي الخصومة عليه والقاضي يعلم انه ليس بخصم
لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر • وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس
الحكم ولكن بعد بعث امنايه الى باب داره وينادي على باب داره وقال احضر مجلس الحكم والا
يحكم عليك • اما في غير ذلك الموضع فلا • وذكر محمد في شهادات الجامع رجل غاب وجا رجل وادعى
على رجل ذكر انه غريم الغايب وكله بطلب كل حق له على غرمايه بالكوفة وبالخصومة

والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام بينة على وكالته يقضى عليه بالوكالة • قال شيخ الاسلام فيه
دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ادعى على رجل ذكر انه غريم الغايب ولم يقل هو غريم
الغايب • قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي كونه مسخرا **قيل** وينبغي
ان يكون المسلة على الروايتين لان هذا في الحاصل قضا على الغايب وفي القضا على الغايب روايتان والمراد بما
يعني بعدم النفاذ في القضا على الغايب لئلا يتطرق الى هدم مذهب اصحابنا **قوله** وقد يكون
حكما هذا معطوف على قوله قد يكون بانابته قوله ما يدعيه على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر
اي يكون سببا لا محالة • اما اذا كان سببا في وقت دون وقت لا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب
كما لو ادعى على امراة ان زوجك وكلني ان احملك اليه فقالت قد طلقني ثلاثا وبرهنت قبلت في
حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر الطلاق
اعادت البينة لان المدعا على الغايب ليس بسبب لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل
لا محالة فان نفس الطلاق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد
يوجب بان كان وكيلا قبل الطلاق فكان ما ادعى على الغايب سببا لما ادعى على الحاضر من
وجه دون وجه فقلنا يقتضي قصر يده لا الطلاق كذا في الذخيره **قوله** وهذا اي وما
يدعى على الغايب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر في غير صوره • قال شيخ الاسلام وتفسير
ذلك في مسايل • منها اذا ادعى دارا انها في يد رجل انها له اشتراها من فلان الغايب وهو
يملكها وانكر ذو اليد وقال انها لي واقام المدعي بينة على دعواه قبلت ويكون ذلك قضا على
الغايب وينتصب الحاضر خصما عن الغايب لان ما يدعى على الغايب وهو الشرا منه سبب لما
يدعى على الحاضر لان الشرا من المالك سبب له لا محالة ومنها ادعى على رجل انه كفيل عن
فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فبرهن المدعي انه ذاب له على
فلان الف درهم فانه يقضى بها • ومنها ما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذو اليد
ما اشتريتها من احد والدار داري فبرهن المدعي انه اشتراها بالف من فلان الغايب وهو يملكها
وانه شفيعها يقضى بالشرا في حق ذي اليد والغايب جميعا ومثال ما ادعى شيين وما يدعيه على
الغايب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر • بيانه في مسايل منها اذا شهد شاهدان على رجل
بحق فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان واقام وبرهن المشهود له ان فلانا الغايب اعتقهما
وهو يملكهما يقضى بالعتق في حق الحاضر والغايب جميعا والمدعي شيان المال والعتق على الغايب
وهو سبب لثبوت المدعا على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فصار
كشي واحد معنى • ومنها اذا قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي
حد العبيد وقال المقذوف بل اعتقك مولاك وعليك حد الاحرار وبرهن على الاعتاق من
الغايب يقضى بالعتق في حق الحاضر والغايب • ومنها اذا ادعت امراة ضمان نفقة مهرها
على زوج غايب على حاضر عند وقوع الفرقة فاقر المدعى عليه بالضمان وانكر الفرقة وبرهنت
لو وقوع الحرمة الغليظة يقضى بالحرمة على الغايب وبالمال على الحاضر **قال** صاحب الذخيره
فيه نظر لان المدعى على الغايب ليس بسبب لما يدعى على الحاضر بل هو شرط • وفي مثل هذا
لا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب • فينبغي ان يقضى بالمال على الحاضر ولا يقضى على الغايب
بالفرقة ولو كان المدعي شيين ما يدعيه على الغايب لا يكون سببا او مترددا لا ينتصب الحاضر
خصما ولا يقضى في حق الغايب بل يقضى في حق الحاضر **قوله** وقد عرف تمامه في الجامع •

وذكر في طلاق الجامع الصغير رجل قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق ثم
برهنت امراة الحالف ان فلانا طلق امراته وفلان غايب لا يقبل منها ولا يحكم بوقوع الطلاق
عند العامة بخلاف ما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وبرهنت على دخول فلان
وهو غايب يقبل ويحكم بوقوع الطلاق لان ذلك ليس بقضا على الغايب اذ ليس فيه ابطال حق الغايب
وقد افتى بعض المتاخرين بوقوع الطلاق في المسلة الاولى منهم فخر الاسلام والاوزجندي والاصح
انه لا يقبل ولا ينصب الخاضر وبه يفتي المرغيناني **قوله** ويكتب ذكر الحق اي يكتب كتابا لاجل الحق
وهو الصك والحق ههنا الاقراض بعد ر على الاستخراج اي تحصيل المال من المستقرض بلا شهود
بعلمه بخلاف الاب والوصي حيث لا يقدران لانه اي الوصي لا يقدر على الاستخراج وربما يجحد المستقرض
ولا يجد شهودا او يفوته في اداء الشهادة ولو وجد • فلا كل منه تعدل ولا كل قاض يعدل •
وفي الجتوي بيدي القاضي دل وصغار فكان اصرار الصغار على هذا الاعتبار • والفرق ان
تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس اذ الاستقراض في
العادات ممن هو مفلس • ولهذا احل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة فاعتبر
معاوضة في حق القاضي لان البدل مامون عن التوي لانه يتمكن من الاسترداد متى شا كما ذكرنا
وتبرعا في حق الوصي والاب لعدم تمكنهما من الاسترداد كما ذكرنا **قوله** في اصح الروايتين
قال شمس الايمه في الاب روايتان اظهرهما انه لا يملك كالوصي لانه لا يومن التوي بجحود المستقرض
وفي رواية يملك لان ولاية الاب عامة في المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من
ترك النظر له والظاهر انه يعرضه ممن يامن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه فالو يجوز
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز • ثم فرع عليه الخصاف وقال ينبغي للقاضي ان يتفقد
احوال الذين اقرضهم مال اليتيم حتى لو اختل احد منهم ياخذ المال منه لان القاضي وان كان
له ولاية الاسترداد شرعا لكن يمكنه الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى انه لو كان المستقرض
معسرا في الابتدا لا يجوز له ان يقرض مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس ايضا وانما يتمكن منه
بالفحص كذا ذكره المحبوبي • وهل للقاضي ان يحكم بعلمه فعند نا له ذلك وبه قال الشافعي في قول
واحمد في رواية ومالك في رواية عبد الملك منه اذا علمه بعد تقلد القضا انه يحكم بعلمه بان شا
جاز كما حكم بعلمه بعد ثبوت البينة لما حدث هند فانه عليه السلام قال خذي من ماله ما
يكفيك لك ولولدك بالمعروف فقضى بعلمه • وقال احمد في ظاهر مذهبه ومالك في ظاهر مذهبه
والشافعي في قول لا يجوز لانه يتهم في الحكم بعلمه فلا يجوز كالحكم لولده • يويده ما روي عن عمر انه
تداعيا عنده رجلان فقال له احدهما انت شاهدي فقال عمر ان شئتما شهدت ولم احكم فقال اشهد
ولو راى شيا قبل ان يتقلد القضا او في غير مصره الذي هو قاضيه لا يحكم عند ابي حنيفة ومالك خلافا
لهما وبقولهما قال الشافعي في قول واحمد في رواية لهم ان العلم حاصل له حسب حصوله في حال القضا
او مصره ولابي حنيفة انه شهادة لا علم قضا فلا يصير موجبا الا بلفظ الشهادة والعدد • ه

باب التحكيم

وهذا ايضا من فروع القضا لكن المحكم احط رتبة
من القاضي اخر ذكره عن ذكر ادب القاضي تقال حكمه اي فوض الحكم اليه وهو جايز بالكتاب قال
تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها اراد به ان يحكم الزوجان حكما لاختيار المقام او الفرقة
فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل على جوازه في ساير الخصومات وفيه نوع تامل وبالسنة
وهي ما روى ابو شريح انه قال يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شي اتوني فحكمت بينهم فرضي عني

الفريقان فقال عليه السلام ما احسن هذا رواه النسايي • وروي انه عليه السلام عمل بحكم
سعد بن معاذ في بني قريظة في سبي ذراريهم وقتل مقاتليهم • واجمعت الصحابة على جواز التحكيم
وروي ان بين عمر وابي بن كعب كان مداراة في شي اي خصومة فحكما بينهما زيد بن ثابت
فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت فاتيتك يا امير المومنين فقال عمر في بيته يوتى الحكم فدخلا
بيته والقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت
امير المومنين فقال عمر يمين لزمتني احلف فقال ابي نعفي امير المومنين ونصدقه • وفي الحديث فوايد
منها انه وقع بينهم خصومة ولا يظن باحد منهم سوى الجهل وانما يكون ذلك عند اشتباه الحادثة
عليهم فيفد ما الى القاضي لطلب البيان لا للتلبيس • ومنها جواز التحكيم وزيد كان معروفا بفهم
بالفقه حتى روي ان ابن عباس كان يحلف اليه واخذ ركابه عند ركوبه فقال هكذا امرنا ان
نصنع بفقهاينا فقبل زيد يده فقال هكذا امرنا ان نصنع باشرافنا • ومنها ان الامام لا يكون
قاضيا في حق نفسه • ومنها ان من احتاج الى العلم ينبغي ان ياتي العالم في منزله وان كان وجيها
في الناس ولا يدعوه الى نفسه كما فعل عمر • ومنها ان زيدا القى عمر بوسادة امتثالا لما ندب رسول
الله صلى الله عليه وسلم بقوله اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه • وبسط النبي عليه السلام رداه لعدي
ابن حاتم لكن عمر لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت • ومنها ينبغي ان يسوي الحاكم بين الخصمين في
كل ما يتمكن ولكن وقع عند زيد ان الخليفة ليس كغيره فبين ان الامام كغيره في حق التسوية • ومنها
انه لا باس للمرء ان يحلف اذا كان صادقا بقوله بل احلف وان تحرز عنه فهو واسع له ايضا لما روي ان
عثمان امتنع عن ذلك وقال اخشى ان يوافق قدر يميني فيقال اصيب بذلك • ومنها ان اليمين
حق المدعي يستوفي بطلبه ويترك بتركه الا ترى ان ابيا ترك وحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم
كذا في المبسوط والذخيرة والمغني **قوله** وينفذ حكمه عليهما ولا ينفذ على غيرهما بمنزلة المصالح حتى
لو طعن المشتري بعيب يحكم هو والبايع رجلا فرده على البايع بحكمه فلم يكن للبايع ان يرده على بايعه ولو اصطلح
البايع الاول والثاني والمشتري جميعا على حكمه يرده على البايع الاول استحسانا • والوكيل بالبيع اذا
ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله جاز على الامر في رواية وفي رواية
جاز عليه دون الامر وان كان عيبا يحدث مثله يلزم البايع الا اذا حكما برضا الامر كذا في المحيط • ه
قوله ويشترط اهلية القضا اي وقت التحكيم حتى لو حكما عبدا ثم اعتق او صبيا ثم بلغ او ذميا ثم
اسلم وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى • وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد وكذا على العلب في
الكل لا ينفذ حكمه كذا في المبسوط والذخيرة والمغني والمحيط **قوله** ولا يجوز تحكيم العبد والكافر
والذمي هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول لانه لو جعل من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل ينقلب
حكم المسلة فان ذلك جايز • وفي المغني يجوز تحكيم المكاتب والعبد الماذون كالحر وتحكيم الذمي لا يجوز
فيما بين المسلمين اما لو كان الذمي حكما فيما بين الذميين يجوز لانه من اهل الشهادة بين اهل الذمة دون
المسلمين **قوله** ان يرجع ما لم يحكم عليهما وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية واحمد في وجه
وفي قول لا يجوز رجوعه بعد اقامة البينة وبه قال مالك في رواية واحمد في وجه لانه لو جاز
ذلك يودي الى ان كل واحد منهما اذا راي من الحكم ما لا يوافقه يرجع فيبطل المقصود من التحكيم
وقلنا انه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما لانه مقلد بفتح اللام من جهتهما فكان كالمقلد من
جهة السلطان ولو عزل السلطان القاضي قبل الحكم فكذا هنا ذكره الصدر الشهيد **قوله**
واذا حكم لزمهما لان الحكم تم بتراضيهما ولا يكون دون صلح جرى منهما بالتراضي وبعدما تم الصلح

ليس لواحد ان يرجع فهذا مثله كذا في المبسوط وبه قال الشافعي في قول وسلك واحد وقال الشافعي هي في قول لا بد من تراضيهما بعد الحكم وهو اختيار المزني لان ولايته بتراضيهما وقلنا انه مناف للمقصود من التحكيم كما ذكرنا **قوله** رايه اي راي القاضي ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى حكمه في المجتهدات نافذ كالمولى فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم وقلنا سبب هذا الحكم اتفاق الخصمين فيكون بمنزلة اصطلاحهما على شي ولو اصطلحا في المجتهدات على شي فللقاضي راي في تنفيذه وابطاله فهذا مثله ولان القاضي المولى ولايته على كافة المسلمين ولهما ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية على القاضي فلا يبطل راي القاضي بتراضيهما ولان الحكم كالحاكم في حقهما وفي حق غيرهما كساير الرعايا فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي كذا في المبسوط **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وبه قال الشافعي ومالك واحمد وعن احمد انه يجوز في كل ما يتحاكم الى المولى وبه قال الشافعي في قول • وفي الذخيره ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل • وفي كتاب الاقضيه لان القصاص من حقوق العباد فهما يملكان الاستيفا بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على ساير حقوق العباد • وعن ابي حنيفة لا يجوز فوجهه ما ذكر في الكتاب ولان حكم الحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا • ولا يجوز استيفا الحد والقصاص بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وقال الشافعي في قول لا يجوز في غير الاموال ويجوز في الاموال وما في معناها وبه قال مالك حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص وقذف او طلاق او اعتاق او نسب او ولا لانها مبنيه على الاحتياط فيعتبر القاضي المولى كالحدود **قوله** في ساير المجتهدات نحو الكنايات بانها رواجع والطلاق المضاف وهو الظاهر عند اصحابنا لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا يحتاج الى حكم المولى كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي • وفي الذخيره وفتاوى العتابي يجوز حكم الحكم في اليمين المضافة لكن لا يفتى كيلا يتجاسر الناس وجوز ذلك باطلاق القاضي للشافعي المذهب والاحسن لهذا القاضي ان يقول ابطلت هذه اليمين ونقضت هذا الطلاق عملا بقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح واحدا يقول من يقول من الصحابة به • وكذا من تزوج امراه بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شفعوي ليحكم بينهما ببطلان ذلك وبطلان الثلاث يجوز • وكذا لو حكما في ذلك حكما يجوز ولا يفتى لما مر • وكذا من غاب عن امراته غيبه منقطعه ولم يخلف لها نفقه فبعث الى الشفعوي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقه يجوز • ولو كان للغايب متاع واملاك وعقار يتحقق العجز لانه لا يجوز بيع هذه الاشيا للنفقه على الغايب **قوله** يخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك قوموا فدوه على ما يجي في المعاقل الا اذا ثبت القتل اي قتل الخطا باقرار فحينئذ يجوز حكمه بالديه عليه لان ما يجب بالاقرار لا تتحمله العاقله بالحديث كما يجي فكان حكمه موافقا للشرع فينفذ • وفي الذخيره واما اروش الجراحات فان كان بحيث لا تتحملها العاقله ويجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحه وهو خمسمايه درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع ولو كانت بحيث تتحملها العاقله لا يجوز قضاوه بها اصلا لانه ان قضى على الجاني يصير مخالفا لحكم الشرع وعلى العاقله لا يجوز لانهم ما رضوا بحكمه **قوله** ولو اخبر المحكم يعني لو قال المحكم لاحدهما قد اقررت عندي او قامت عندي حجة عليك لهذا فعدلوا عندي وقال الزمتك ذلك وحكمت لهذا عليك فانكر المقضي عليه بشي من ذلك لم يلتفت الى انكاره المقضي عليه فكذا هنا الا ان يخرجه عن الحكم او يعزله قبل ان يقول قد حكمت

لم يلتفت الى قوله ومضى القضا عليه لان [illegible] ... [illegible]

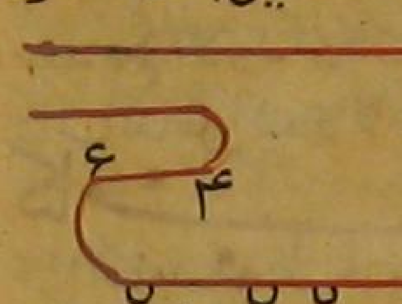
عليه

عليك ثم قال المحكم ذلك لا يصدق كذا في ادب القاضي للصدر الشهيد **قوله** يحتاج فيه الى الراي وانهما رضيا برايهما وراي الواحد لا يكون كراي المثنى كما في البيع ونحوه ولا يصدق قاضي على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومه حتى يشهدا على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام عن مجلس الحكومه كساير الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه كذا في المبسوط • وفي المحيط ولو حكما حرا او عبدا فحكما لم يجز • ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز وصير كالقاضي • ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا ان يجيزه القاضي بعد الحكم او يتراضى به الرجلان بعد الحكم • ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده فاجاز اجاز وليس للحكم ان يفوض التحكيم الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فاجاز الاول لم يجز الا ان يجيزان بعد الحكم **وقيل** ينبغي ان يجوز كالوكيل الاول اذا اجاز بيع الوكيل الثاني • ولو حكما واحد الحكم لاحدهما ثم حكما اخر بعد حكم الاول ان كان جائرا عنده وان كان جورا ابطله وكتاب الحكم الى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي اليه ولا يحكم الحكم بكتاب قاض الا اذا ارضي الخصمان

مسايل شتى من كتاب القضا

قوله داب المصنفين باخير مسايل متفرقه يتعلق بما قبله من الكتاب ولا ينقب كوة وكذا لا يفتح بابا ولا يدخل جذعا فيه ولا يهدم سفله وكذا لم يكن لصاحب العلو ان يحدث على بنايه ولا ان يضع عليه جذعا ولا كنيفا لم يكن **قوله** فلا خلاف لانه انما يمنع لما فيه من ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فيكون متفقا عليه **وقيل** لا بل فيهما خلاف وثمرته تظهر في وقوع الشك في الضرر وهذا لان الاصل عندهما الاباحة اي اباحة التصرف لانه يلاقي ملكه اذ حايط السفل ملك صاحب السفل والحظر يعارض الضرر فاذا اشكل اي الضرر لم يجز المنع اذ اليقين لا يزول بالشك وهذا كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز • ولو كاتب نصيبه منه كان لشريكه حق الفسخ والاصل عنده اي عند ابي حنيفة الحظر لتعلق حق صاحب العلو به ولهذا يمنع من الهدم بالاتفاق وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه فيه كما في المرهون والمستاجر وقال قاضي خان لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا او ما اشبهه وتضرر به صاحب العلو له ذلك عند ابي حنيفه وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وبه قال الشافعي ومالك واحمد الاصل فيه قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام • وفي الاوضيه لو انهدم السفل لا يجبر صاحب السفل على البنا وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في روايه واحمد في روايه وقالوا في روايه اخرى يجبر لان صاحب العلو في القرار وقد فات من غير تعد من صاحب السفل فلا يجب عليه الاعاده ولكن يجبر صاحب العلو فان شا بنى السفل الى موضع علوه ثم بنى علوه ويمنع صاحب السفل عن السكنى فيه حتى يودي قيمة السفل والصحيح انه يعتبر قيمته وقت البنا لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركه فبنى احدهما بغير اذن صاحبه لا يرجع على صاحبه بشي وبه قال الشافعي في الاصح لان هنا غير مضطر في البنا في نصيب شريكه لانه يمكنه ان يقاسم الساحة ولهذا لا يجبر الشريك على بنا الجدار او المشترك بعد انهدامه عندنا وبه قال الشافعي في قول احمد ومالك في روايه اما هنا بخلافه حتى لو كان بيتا صغيرا فانهدم ولا يمكن قسمة الساحة فلا يكون متبرعا في البنا وهكذا نقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه ولو انهدم كله فلو امكن البنا بعد القسمه يكون في البنا متطوعا والا لا كذا ذكره التمرتاشي **قوله** اذا كانت زايغة اي سكة مستطيله اي طويله من زاغت الشمس مالت وسمي المحله والسكة زايغه

لمليا من طرف الى طرف والمستطيله من استطال بمعنى طال وهي اى الزايغه المستعمه غير نافذة
وكذا الزايغه الاولى ايضا غير نافذه وكذا الزايغة الاولى ايضا غير نافذه هكذا ذكر التمرتاشي والفقيه
ابو الليث حيث قال لا سكه طويلة غير نافذه وسكه اخرى عن يمينها او يسارها غير نافذه ولكن في اكثر
الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة وتعليل الكتاب يقتضي ذلك **قوله** لان فتح الباب لانه
يرفع جداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فاولى ان ينقض بعضه **قوله** والاصح قال
شمس الايمه الاظهر المنع من تركيب الباب وبه قالت الايمه الثلاثه لانه اذا فعل وتقادم العهد
ربما يدعي شركه في الطريق في تلك الزايغة ويستدل على ذلك بتركيب الباب ويكون القول له
اذا لم يعرف كيف كان الحال فهو بتركيب الباب يثبت لنفسه حقا فيها فيمتنع منه ولو فتح الباب
للاستضاءة او للريح لا يمنع لانه لا يستدل بها على حق المرور ولا يتضرر به احد ولا خلاف فيه
قوله وان كانت مستديره اى وان كانت الزايغه الغير النافذة مستديرة بهذه الصورة



اما لو كانت المستديره نافذه كانت لجماعة
المسلمين فلا يمنع بلا خلاف فيها **قوله** فلهم
ان يفتحوا اى فلكل واحد ان يفتح بابه في
موضع شا لانها سكه واحدة من اولها الى اخرها
وهي بينهم على الشركه • وفي الحيطان اراد ان يبني في داره تنورا للخبز الدايم كما يكون في
الدكاكين او رحى للطحن او مدق القصارين لم يجز ويمنع من ذلك لان ذلك يضر بجيرانه ضررا
فاحشا لا يمكن التحرز عنه وبه قال احمد في روايه وقال الشافعي واحمد في رواية لا يمنع
لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره واجمعوا انه يمنع من الدق الذي يهدم
الحيطان ويثيرها **ولنا** قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا اضرار بجيرانه
فيمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وله ان يتخذ في بيته حماما لان ذلك لا يضر الا بالنداوة
والتحرز عنها ممكن بان يبني بين نفسه وبين جاره حايطا بنوره قال الصدر الشهيد الجمله في هذا ان
في القياس له ذلك لانه تصرف في ملكه ولكن ترك القياس واخذ بالاستحسان لاجل المصلحة
قال وكان والذي يفتى اذا كان ضررا بينا يمنع وبه يفتى • وعن ابي يوسف اتخذ داره حماما
وتاذى الجيران من دخانها فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره
حظيره غنم والجيران يتاذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد
ولو حفر في داره بيرا فنز منها حايط جاره لم يكن له منعه بلا خلاف **وقيل** اذا كان يعلم ذلك
لا محاله فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا • ولو سقط حايط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب
من جاره ان يساعده في البنا قال اصحابنا لا يجبر وبه قالت الايمة الثلاثه وقال الفقيه ابو الليث
في زماننا يجبر **وقيل** اذا كان بصره يقع في الصعود في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى
حتى يتخذ سترة وان كان يقع في سطحه فلا ذكره التمرتاشي **قوله** ومن ادعى في دار دعوى
الى اخره **قيل** اراد به اذا كان المدعى به مقدارا معلوما كالثلث ونحوه حتى يكون الدعوى
صحيحة لان الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت الدعوى صحيحة اما اذا كانت فاسدة
فلا يصح لان الصلح انما يصح لافتدا اليمين والافتدا انما يكون اذا توجه اليمين واليمين لا
تتوجه الا بصحة الدعوى او يحمله على ما ادعى اقرار صاحب الدار حتى فيها حتى يصح الدعوى
فانه لو ادعى انه اقر له بشي يصح وفي الفوايد الظهيريه كان والذي يقول الصلح عن الانكار

لافتدا اليمين واليمين يتوجه بالدعوى الصحيحه فاذا كانت الدعوى غير صحيحه لا يتوجه اليمين
فلا يكون افتدا لليمين ولكن هذا على اصل ابي حنيفه مشكل بان الرجل اذا ادعى امراة نكاحا
وانكرت ثم صالحته على مال بدليه صح الصلح وههنا لا يكون افتدا لليمين لانها لا تستحلف
على قوله بل يجب ان يقال الصلح انما صح لدفع الشغب وقطع الخصام وفي هذا المعنى لا يتفاوت
بين الدعوى الصحيحه والفاسده فالمدعي يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيتحقق معنى الشغب
والخصام وهذا يندفع بالصلح وبقيت المسلة الصلح على الانكار فانه جايز عندنا وبه قال مالك واحمد
خلافا للشافعي **وقوله** والصلح على معلوم عن مجهول الى اخره يدل على ان صحة الدعوى
ليس بشرط لصحه الصلح وقال الشافعي لا يصح الصلح عن دعوى شي مجهول على معلوم فشرط صحة
الدعوى **قوله** وهبها له في وقت اى وهبها صاحب اليد هذا الي منذ شهر وسلمها الي
وقبضتها لنفسي وهذه الدار التي في يده ملكي بهذه الطريقه فطلب القاضي البينة على دعواه
هذه فقال المدعي لم يكن لي بينة في حق الهبة ولكن لي بينه على الشراء منه لاني طلبتها وقلت
انها ملكي بطريق الهبة والتسليم فجحد المدعى عليه هذا دعوى الهبه فاضطررت الى شرايها
منه لانكاره الهبة فاشتريتها منه ولي شهود على الشرا فشهدوا عليه قبل الوقت الذي يدعي
فيه الهبة لا يقبل لظهور التناقض والتناقض يمنع صحه الدعوى يشهدون به اى الشرا قبله اي
قبل عقد الهبة وهذا التناقض قد يكون من المخالفه بين الدعوى والشهادة وقد يكون من
المناقضه في دعواه نفسها لانه حين يكون قايلا وهب هذا الشي وكان لي ملكا بالشرا قبل
فلا يثبت الملك بالهبه بعد الشرا وكان مناقضا • اما لو لم يذكر للشرا تاريخا يقبل البينة كما لو
ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما سعى به التناقض لما ان الشرا حادث فيحال بحدوثه على اقرب
الاوقات وهو ما بعد تاريخ الهبة وبهذا يتبين ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن
التوفيق اما اذا امكن لا يمنع كذا في الجامع والفوايد الظهيريه قال شيخ الاسلام اذا امكن
التوفيق يصح الدعوى ولا يرد • وان لم يدع المدعي التوفيق وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير
دعوى المدعي وما قالوا لا يوافق بدون دعواه التوفيق استحسان وفي دعوى المبسوط
اشاره الى انه لم يقبل بينته الا ان يوفق المدعي وكان التوفيق من المدعي شرط في روايه وغير
شرط في روايه **قوله** اى المدعي يقرر ملكه عندها اى عند الهبة **فان قيل** ينبغي
ان لا تقبل بينته لانه ادعى شرا باطلا لانه ادعى ما يملكه بالهبة **قلنا** لما جحد الهبة فقد فسخها
اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له لانه انكار للعقد من الاصل بخلاف النكاح لانه
لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا
اقدم على الشرا منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى منه
بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح اليه اشار في الفوايد الظهيريه **قوله** فانكر اي الاخر
المخاطب ان اجمع البايع اى قصد وسعه اى للبايع اى حل وطيها وبه قال الشافعي في وجه
واحمد في روايه وقال زفر لا يحل وبه قال الشافعي في وجه لان البايع متى باعها بقيت على
ملك المشتري ما لم يبيعها او لم يتقايلا وقلنا متى ترك الخصومة واكد ذلك بامساكها فقد
وجد منه ما يدل على الفسخ اذ لا يحل بدون الفسخ **قوله** اذا انفسخ يثبت به فصار كالجحود
لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار من الاصل فيجعل احدهما مجازا عن الاخر كذا في
الفوايد الظهيريه وفيه ويبتنى عليه مسلة ذكرها في الجامع اشترى عبدا بالف ثم باعه من اخر

فجحد المشترى الثانى البيع فخاصمة المشترى الاول الى القاضى ولم يكن له بينه فعزم المشترى
الاول على ترك الخصومة ثم وجد عيبا كان عند البايع الاول واراد الرد فاحتجه البايع الاول
ببيعه الثانى فلو عزم المشترى على ترك الخصومة تحلف الثانى برده وقبله لا يرده لانه غير
مضطر فى فسخ البيع الثانى بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف عندهما وعزمت المراة على ترك
الخصومة لم يكن لها ان يتزوج لان النكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب كذا هذا **قوله**
وبمجرد العزم الى اخره جواب شبهه ذكرها المحبوبى صريحا فقال **فان قيل** الفسخ لا يثبت
بمجرد العزم على الفسخ الا يرى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ
العقد بمجرد عزمه **قلنا** نحن لا نثبته بمجرد العزم بل بالعزم وبفعل اقترن به وهو امساك
الامة ونقلها الى بيته اذ امساكها لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما
دلالة كمن قال لاخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذ المشترى ليركبها
كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول كذا هذا وفى المحيط تفسير
العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم **وقيل** ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا
يكتفى بمجرد النية **قوله** ونقلها اى نقل الجارية من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه
اى يشابهه من الافعال كالاستخدام **قوله** من اقرانه قبض اى قبض بسبب من الاسباب من
استقراض او ثمن سلعة او غصب او وديعه وفى جامع العتابى رجل له على اخر عشره جياد فقبض
الدراهم ثم قال انها زيوف وفى المبسوط اقر الطالب انه قبض ماله على فلان ماية ثم قال وجدتها
زيوفا فالقول له وصل ام فصل **قوله** فى الكتاب ثم ادعى انها زيوف صدق محمول على هذا
اى وصل ام فصل وبه صرح المحبوبى فى جامعه فقال ثم هو مصدق فى مسئلة الكتاب وصل ام فصل
وفى المبسوط فى باب الاقرار بالدين لو قال لفلان على الف من ثمن بيع الا انها زيوف او نبهرجه لم يصدق
فى دعوى الزيافة وصل ام فصل فى قول ابى حنيفه وعندهما يصدق ان وصل ولا يصدق ان فصل
ولو اقر بالمال غصبا او وديعة وقال هى نبهرجه او زيوف صدق وصل ام فصل • ولو قال على الف
من غير ذكر التجاره والغصب فقال بعض هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف
الى الالتزام بالتجارة اذ هو اللايق بحال المسلم **وقيل** يصدق ههنا اذا وصل بالاتفاق لان
صفة الجوده تصير مستحقه بعقد التجارة فاذا لم يصرح فى كلامه بجهة التجاره لا تصير صفة
الجوده مستحقه وهذا والحجج من الجانبين يجى فى باب الاقرار ان شاء الله تعالى • وقال الشافعى
واحمد اذا فصل لا يقبل فى جميع الصور لانه كما اقر بعشره واطلق يفهم منه الجياد الكاملة فلما
سكت يلزمه الكامله وهى الجياد ثم بقوله هى زيوف او نبهرجه يرجع عن بعض ما اقر به ويرفعه
فلم يقبل كالاستثنا المنفصل **وقلنا** انه اقر بالقبض وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم
الدراهم يقع على الزيوف والنبهرجه ولا يتعين بالجياد لعدم العرف لها فاذا قال هى زيوف او
نبهرجه انكر قبض حقه فيصدق مع يمينه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد الى قوله لا يصدق اى
فيما اذا ادعى الزيافه بعد ذلك لانه مناقض • اما فى الاول فظاهر وكذا فى غيره لان حقه فى
الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرار بقبض الجياد • والاستيفا عبارة عن القبض بوصف
التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا • قال شيخى العلامه فى النهايه جمع المصنف بين هذه المسايل
الاربع فى الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السوا فانه اذا اقر بقبض الجياد ثم ادعى انها
زيوف لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقى يصدق موصولا ولا يصدق مفصولا والفرق

فلنا استثنا البنا من الدار لا يصح كاستثنا البنا من الدار اربع صور

ان فى قوله قبضت مالى عليه او حقى عليه حصل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا
استثنى الجوده فقد استثنى البعض من الجمله فصح موصولا كما لو قال على الف الا مايه • اما لو
قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حده • فاذا قال الا انها
زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجوده وذلك باطل كما لو قال على ماية درهم ودينار الا
دينارا كان الاستثنا باطلا وان ذكره موصولا كذا هنا **فان قيل** ينبغى الا يصح استثنا الجودة
وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجوده تبع وصفه للدراهم واستثنا التبع موصولا لا
يصح لان البنا دخلت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا اما الجوده دخلت تحت اللفظ
مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه وعليه تسليم الوزن والجوده فكانت داخلا مقصودا لا
تبعا فيجوز استثناؤه موصولا كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** وفى الستوقه لا يصح لانه ليس
من جنس الدراهم ليس هذا الحكم على الاطلاق فانه ذكر فى المبسوط فى الاقرار لو اقر انه قبض خمسماية
مما له على المديون ثم قال بعدما سكت هى رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص
حقيقه وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن من الدراهم
معنى وكان بيانا معيرا الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا • وكذلك فى الستوقه لان الرصاص
ابعد من الستوقه فى اسم الدراهم والحكم فى الرصاص هكذا فيجب ان يكون كذلك بالطريق الاولى
وذكر المحبوبى فى جامعه مصرحا وقال شيخ الاسلام ذكر محمد انه يصح ان كان موصولا **قوله**
ما زيفه بيت المال اى رده وفى المغرب زافت عليه دراهمه اى صارت مردوده عليه لغش
فيها **وقيل** هى دون النبهرجه فى الرداة لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرجه ما رده
التجار النبهرج الدراهم الذى فضته ردية **وقيل** الذى فيه الغلبة للفضه وقد استعير
لكل باطل ومنه بهرج دمه اذا ابطل • الستوق بالفتح اردى من النبهرجة • وعن الكرخى
الستوق عندهم ما كان فيه الصفر او النحاس غالبا وقيل هو تعريب سه توه • وفى المبسوط الستوقه
كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين • وقيل معرب سه طاقه اى الطاق الاعلى والاسفل فضة
والاوسط صفر **قوله** فليس عليه اى على المقر شى لان المقر به يحتمل الابطال بالرد اذا كان
مالا ولا خلاف لاهل العلم فيه فارتد الاقرار برده وفى رد المقر له المال لا يتفاوت بين ان
يقول ليس لى او قال بل هو لك او قال لفلان لانه لما كذبه فقد بطل اقراره • اما لو صدقه ثم
رد اقراره لم يرتد • ولو اعاد المقر الاقرار بعد رد المقر له مره فقال بل لك على الف وقال المقر
له اجل هو لى عليك اخذتها لان الاقرار وان بطل بالتكذيب بقى الاقرار الثانى وقد اتصل التصديق
به فيواخذ به استحسانا والقياس ان لا يلزمه بالاقرار الثانى شى • ولو وهبت المراة صداقها فقبل
الزوج ثم رده كان رده باطلا • وكذا لو قبل المديون البراه ثم رده وكذا اذا قال لعبده وهبت
لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد هذا كله فى رد المقر له الاقرار اما لو رد المقر اقرار نفسه بان
اقر بقبض الثمن ثم ادعى انه لم يقبض واراد تحليف المشترى لا يحلف عند ابى حنيفه ومحمد ويحلف
عند ابى يوسف وبه قال الشافعى واحمد فى رواية • وكذا لو اقر بالبيع ثم قال كنت اقررت به
لكن لم اقبض • او اقر بدين ثم ادعى انه اقر كاذبا فاراد تحليف المقر له لم يحلف عندهما فى المسايل
كلها وبه قال احمد فى روايه لان الدعوى فاسدة للتناقض كما لو قال ليس لى على فلان شى
ثم ادعى عليه مالا واراد تحليفه • او قال هذا الشى لفلان ثم قال هو لى واراد تحليفه
ليس له ذلك كذا هنا وقال ابو يوسف يحلف لجريان العادة بالاشهاد وعلى هذه الاشيا

المقر

قبل جمعها احترازا عن امتناع الاخر عن الاشهاد بعد التسليم والانعقاد وهذا كما لو قال بالبيع والتسليم اني فعلت ذلك لكن البيع بلجئة وطلب ثمن الاخر حلف عليه كذا هذا قال شيخ الاسلام وكذا هذا الخلاف في كل شيء اقر ثم ادعى انه اقر كاذبا قال الصدر الشهيد الراي في التحليف للقاضي كذا ذكره المرغيناني والتمرتاشي والمحبوبي **قوله** وانكر يعني اقر بالشرا منه وانكر المقر له ثم عاد الى تصديقه فانه يصح لان المقر له لا يستبد بابطال المقر له لان احد العاقدين لا ينفرد بفسخه الى اخره وفي الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ الى اخره وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلامه صعب **قوله** ولنا ان التوفيق ممكن الى اخره دلت المسئلة على قبول البينة من غير دعوى التوفيق • وفي بعض المواضع شرط دعوى التوفيق كما بينا ان محمدا ذكر دعوى التوفيق في بعض المواضع ولم يذكر في البعض فقيل يشترط دعوى التوفيق في الكل وحمل ما سكت على ما ذكر حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفقه المدعي • وفي الفوائد الظهيرية وكان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا كان على الحاكم التوفيق حتى لا تتعطل حجج الشرع **قوله** لان التوفيق اظهر لانه يقول ليس لك علي شيء في الحال لاني قد قضيت حقك او لانك ابراتني الا ترى انه لو صرح به يصح وهذا لان ليس لنفي الحال **قوله** ولا اعرفك او قال ولا رايتك او ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطا او لا اجتمعت انا وانت في موضع وما اشبهه ثم اقام بينة على القضا او الابرا **قوله** وذكر القدوري اي عن اصحابنا انه تقبل ايضا الى اخره وفي جامع قاضي خان فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته • وفي الشافي قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه شيئا وقد دفعته • اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضا ينبغي ان لا يسمع لان التناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا كذا ذكره التمرتاشي **وقيل** تقبل البينة على الابرا في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابرا يتحقق بلا معرفة **قوله** فاقام البينة على الشرا اي اقام من ادعى المبيع وهو المشتري على الشرا منه فوجد اي المشتري بها اي بالجارية اصبعا زايدة خص هذا العيب بالذكر دون عيب اخر لما انه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة **قوله** اعتبارا بما ذكرنا وهو التوفيق في الدين ثم وجه التوفيق ههنا هو ان يكون البايع وكيلا من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بعتها صادقا ثم المالك في دعواه البراة من كل عيب لا يكون مناقضا ونظيره ما ذكر التمرتاشي اقام بينة على الشرا وذو اليد ينكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعي رد المبيع علي ولا يبطل انكاره البيع بينه لانه يقول احدهما مني بينة كاذبة ثم استقلته فاقالني فاذا امكن الجمع بينهما جمع يعتبر للعقد اي شرط البراة عن العيب يعتبر لصفة العقد عن اقتضا وصف السلامة الى غيره وذلك لا يتصور بدون البيع لان الصفة بدون الموصوف لا يتصور فاذا بطل التوفيق لزم التناقض بخلاف الدين فان هناك تقبل بينة المطلوب على القضا والابرا بعد انكاره اصلا لان الدين اذا التوفيق ممكن بان يقول ما كان لك علي شيء قط غير اني دفعت المال قطعا للخصومة والملا فلما جحدتني اثبته كذا ذكره المحبوبي **قوله** ذكر حق اي صك يعني لو كتب صك الشرا ثم كتب في اخره من قام بذكر هذا الحق فهو ولي ما فيه او كتب ثم ادرك فلانا فعلى خلاصه ثم كتب ان شا الله •

فعند ابي حنيفة يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه ونقد الشرا والخلاص وعندهما الدين لازم والشرا ثابت **وقوله** ان شا الله ينصرف الى قوله ومن قام بذكر هذا الحق وعلى الخلاص لان الاصل ان الاستثنا ينصرف الى ما يليه خصوصا اذا قامت الدلالة عليه وقد قامت هنا لان الصك انما يكتب للتوثق وصرف الاستثنا الى الكل يبطل التوثق ولان في ظاهر حال الناس ان الاستثنا في الكلمات الى ما يليه الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض وكلايه وقال في اخره ان يقول كذا او كذا ان شا الله ينصرف الى ما يليه دون الكل ولابي حنيفة ان الكل كشيء واحد بحكم العطف وما قاله من العادة في الكتاب ان يترك فرجة او يكتب خط على حدة فان فعل كذلك لا ينصرف الى الكل ولهذا الو قرئ على المقر ما في الصك فقال نعم ينصرف قوله الى جميع ما في الصك حتى يحل للسامع ان يشهد بجميع ما في الصك ولم ينحصر قوله نعم على ما يليه فكذا الاستثنا والمراد من الفرجة هو ان يترك شيء من البياض قبل قوله ومن قام بذكر هذا الحق ويجعل الفرجة فصلا لان الفرجة في الصكوك كالسكوت في المنطق **فان قيل** ينبغي ان لا يكتب قوله ومن قام الى اخره لانه توكيل ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيلا **قلنا** الغرض من كتابته اثبات رضى المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة فيسقط امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل اذا الوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم عند ابي حنيفة وعلى تقدير الرضا هنا يلزم التوكيل بلا رضاه وانما يلزم بهذا لانه اسقاط حقه والاسقاطات تصح مع الجهالة كما في الصلح على الانكار **وقيل** انما يكتب في الصك قوله من قام الى اخره تحرزا عن قول ابن ابي ليلى لا عن قول ابي حنيفة لا يحصل به لانه بهذا يثبت الرضا بوكالة وكيل مجهول والرضا بوكالة وكيل مجهول باطل فوجوده كعدمه وانما يحصل التحرز عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يصح التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بوكالة وكيل مجهول فحينئذ يجوز فيقع الاحتراز عن قوله كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي ولكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بغير رضى الخصم مطلقا

فصل في القضا بالمواريث

لما كان الموت اخر احوال المرء ذكر الاحكام المتعلقة به اخرا **قوله** كما في جريان ما الطاحونة اختلفا في وجوب الاجر بعد المدة كالمستاجر يقول الما منقطع فلا يجب الاجر وقال الاجر جاري يجب الاجر فلو كان الما في الحال جاريا كان القول للاجر • ولو كان منقطعا كان القول للمستاجر وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى بخلاف المفقود فان هناك حكما باستصحاب الحال الماضي في حق الحال فعلم ان العمل بالاستصحاب تارة يكون من الحال الى الماضي وتارة من الماضي الى الحال **قوله** وما ذكره اي زفر يعتبره اي الاستصحاب للاستحقاق وهو قول الشافعي والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق **قوله** ولا يحكم الحال اي لا يقال انها مسلمة في الحال فيكون مسلمة قبل موته كما في مسئلة الطاحونة لان اسلامها حادث والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات فالحاصل ان المراة تتمسك في هذه المسئلة بما يتمسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة يتمسكون بما تمسكت به المراة في المسئلة الاولى غير انها تتمسك بالظاهر في المسئلتين فيصلح لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق **فان قيل** الما اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل حجة اصحاب الطاحونة فيستحق الاجر فقد تمسكتم بالحال لاثبات استحقاق الاجر **قلنا** اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التاكد والظاهر يصلح حجة للتاكيد وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة

فان قيل يشكل هذا بمسلة ذكرها محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات
ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الاخر صدقت وانا ايضا اسلمت حياته وكذبه
الابن المتفق حال اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم
يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوه قلنا ما ذكرنا
من الطريق انما يصار اليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال اما اذا اتفقا في
الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اتفقا في مقداره فلا يصار الى حكم الحال وان كان
السبب قايما الا ترى ان في مسلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض من الاجارة بان
قال المستاجر كان الماء منقطع شهرين وقال الاخر انقطع شهرا فالقول للمستاجر مع يمينه منقطعا
كان او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وانقطاع مقدر وذلك غير ثابت بالحال •
وفي مسلة الاثنين ومسلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس
الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر هذا هو الماخذ في المسلة • وذكر التمرتاشي
مثله وهي ترد شبهه ايضا على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر • وقال ادعت المراة
ان اباها في مرضه وصار فارا وقالت الورثه في الصحة فالقول للمراة لانها انكرت المانع وهو
الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع قوله او انه اشتراه اي ان الرجل المقر له اشترى العين
الوديعه من مودعه ثم في فصل الشرا لا يومر بالدفع مع ان المودع اقر بزوال ملك المودع لان
اقراره حجه قاصره عليه فلا يصح في حق الغير فانه اقر انه ملك الغايب وهو حي ويده في الوديعة
يد الغايب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره اذ في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره على الغير
كما في حق قبض الوديعة بالوكاله • وفي الفوايد الظهيريه ففي فصل الوديعه اذا لم يومر
بالتسليم ومع هذا لو سلم واراد الاسترداد هل له ذلك قيل لا يملك لانه يصير ساعيا في
نقض ما اوجبه • وكان والدي يحكي عن استاده ظهير الدين المرغيناني انه كان يتردد في جواب
هذه المسله • اما اذا لم يسلم في فصل الوديعه حتى ضاعت في يده قيل يضمن وقيل لا
يضمن • وكان يميل الى ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع
منه يضمن فكذا من وكيله • واختلف في الملتقط لو اقر باللقطة لرجل هل يومر بالدفع وقد
بينا الخلاف في اللقطه • وفي الجامع لو ادعى الوصايه فصدقه مودع الميت او غاصب منه
او وصيه لا يومر بالدفع قوله بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره اي اقر المديون لرجل
انه وكيل صاحب الدين بقبض الدين حيث يومر بالدفع لان المديون يقبضه من مال نفسه لان
الديون تقضى بامثالها كذا ذكره قاضي خان قوله فلم يصح اقراره بابن آخر ويضمن المودع نصف ما ادى
الى الاول للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضا القاضي وبه قال الشافعي في
قول واحمد وقال في قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزم به شي قوله
وهذا شي اي اخذ الكفيل شي احتاط به بعض القضاه وكان ابن ابي ليلى يفعل كذلك ناكونه في
قضايه قوله وقالا ياخذ الكفيل اي لا يدفع المال اليهم حتى ياخذ الكفيل وبه قال الشافعي
واختلف اصحابه فقيل يجب اخذ الكفيل وقيل لا يجب بل يستحب وقيل ان كان الوارث ممن
يحجب وجب الاملا وقيل ان كان الوارث مامونا لا يجب وان كان غير مامون يجب وهذا الدفع
الى الوارث انما يصح ان لو كان وارثا لا يحجب بغيره فان كان يحجب بغيره لا يدفع المال اليه واذا كان
وارثا يخلف نصيبه ولا يحجب يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند

المديون بقضي بما بقبضه اذا اقر كان اقرار المديون بانه وكيل بقبضه اقرار على نفسه بوجوب ...

محمد او فر النصيبين وبه قال الشافعي في وجه وقول ابي حنيفه مضطرب ذكره الصدر الشهيد
في ادب القاضي قوله والمسله فيما اذا اثبت الدين والارث بالشهادة • اما لو ثبتا بالاقرار
يوخذ الكفيل بالاتفاق وقيل بقوله لا يعلم له وارثا غيره • اما اذا قال الشهود لا نعلم له
وارثا غيره يدفع اليه المال بلا اخذ كفيل بالاتفاق • وعند ابن ابي ليلى لا يثبت ارثه حتى يقولوا
لا وارث له سواه ولا ياخذ الكفيل عنده في هذه الصورة ايضا وبه قال الشافعي في وجه وقال
في وجه يجب اخذ الكفيل في جميع الصور • قال التمرتاشي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم
يرد عليه فالقاضي يتلوم في ذلك زمانا على حسب ما يرى يعني مفوض الى راي القاضي وقدر
الطحاوي زمان التلوم بالحول فان لم يظهر وارث اخر يدفع المال ولا ياخذ له كفيلا لاحتمال
ان يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة لا ياخذ وبه قال الشافعي في وجه وقيل
ياخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينه • واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا
غيره يدفع اليه من غير تلوم وكفيل سوا كان وارثا يحجب بحال او لا • ولو قالوا لا وارث غيره
فكذلك استحسانا وفيه خلاف الشافعي فيحتاط اي القاضي كما اذا دفع اي القاضي العبد الابق
واللقطه الى رجل اثبت عنده انه صاحبه واعطى امراة الغايب يعني طلبت النفقه وزوجها
غايب وله عند انسان وديعة والمودع مقر بالوديعه والنكاح فالقاضي يفرض لها النفقه
وياخذ منها كفيلا كذا في المبسوط والفوايد الظهيريه قوله حق الحاضر ثابت قطعا اي فيما
اذا كان الوارث الاخر معدوما قطعا او ظاهرا اي فيما اذا كان موجودا الكل القاضي لم يكلف
باظهاره على وجه يوجر حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده من الحجه وكان العمل بالظاهر
عليه واجبا فلا يوخر الحق اي لا يوخر الدفع الى زمان التكفيل بسبب امر موهوم لان الموهوم لا
يقابل المعلوم اراءيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما ولانه لو اخذ الكفيل انما ياخذ لمجهول
والكفاله لمجهول لا يصح لا يقال ياخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضايه عن النقض لانه ليس بخصم ولا
للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد اثبت وارثه فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل •
فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصوره ذكره في الاسرار وادب القاضي للصدر الشهيد
والتلوم انما يكون لتوهم وارث اخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهه فينبغي ان يجوز اخذ
الكفيل لنفي الشبهه ويدفع المال الى الحاضر لقيام الحجه لان الحجه راجحه على الشبهه عملا
بالجهتين قلنا يجب العمل على القاضي العمل بالحجه ولا يجوز له العمل بغير حجه والموهوم غير
حجه الا ترى لو قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره فالشبهه قايمة ولا يجوز اخذ الكفيل وليست
الكفاله كالتلوم لان التلوم طلب علم زايد له ليتم علمه بقدر الممكن • اما الكفاله طلب امر
زايد على المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه من وجه ولا يتوجه بالموهوم كما ذكرنا اليه اشار في
المبسوط والاسرار قوله كمن اثبت الشرا الى قوله لا يكفل اي لا يوخذ الكفيل من المشتري
الذي اثبت شراه بالحجه ولا من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينه وان كان يتوهم
حضور مشتر اخر قبله وغريم اخر في حق العبد لان حق الزوج ثابت والمكفول له هو وهو معلوم
فالتكفل لاجله يكون واجبا قوله والاصح انه على الخلاف اذا ظهر الاستحقاق بالبينه •
اما لو اعطى العلامه يكفل بالاجماع كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي قوله وهذا اي قوله ظلم
يكشف عن مذهب ابي حنيفه ان المجتهد يخطي ويصيب بل هو نص عليه لا كما ظنه البعض وهو المعتزلة
ان كل مجتهد مصيب على مذهب ابي حنيفه وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفه

انه قال لابي يوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد وقلنا معناه
في الاجتهاد حتى يكون مثابا وان وقع اجتهاده مخالفا للحق عند الله مخطي للحق عند الله تعالى فقد
قال محمد لو ان اعمى بلا اثا ثلاثا بعد ولي القاضي فهما نفذ قضاوه وقد اخطا السنة حمل قضاه على ما
مع فتواه انه مخطي الحق عند الله تعالى كذا في التقويم قوله ولا يستوثق منه اي من صاحب
اليد بكفيل وهذا باجماع الفقها وانما الخلاف في اخذ نصيب الغايب منه وتركه في يده فعند
ابي حنيفه يترك في يده وعندهما ان كان جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وقال الشافعي
واحمد يحفظ الحاكم نصيب الغايب كقولهما له اي لابي حنيفه ان القضا للميت مقصودا الا ان القضا
بالميراث قضا بملك الميت حتى يقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه وقوله وجحوده قد ارتفع
بالقضا جواب عن قولهما ان الجاحد خاين وقوله والظاهر عدم جحوده في المستقبل جواب
سوال مقدر وهو ان يقال لما جحد مرة فالظاهر دوامه على جحوده فاجاب عن هذا وقال
والظاهر عدم جحوده في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي فالظاهر انه انما
جحد لاشتباه الامر عليه وقد زال ذلك بالجحد فان قيل هذا مسلم على تقدير بقا القاضي
وتذكره فربما يموت القاضي في المستقبل او ينساه او يحترق المحضر ولا يتذكره قلنا خوف
التلف بموت القاضي ونسيانه واحتراق المحضر مما يندر ولا يبالى بالنوادر كذا في الفوايد
الظهيريه قوله والدروج ابلغ فيه اي في المنقول لانه لما جحد وبما يتصرف فيه اما الخيانة
او لزعمه انه ملكه اذ العدل لا يمتنع من التصرف فيما يزعم انه ملكه فالاخذ ابلغ من الترك في
الحفظ وقوله ولهذا يملك الوصي يوضح لمعنى الحفظ فان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار
وكان البيع ابلغ في الحفظ فيملكه وكذا وصي الاخ والام والعم على الصغير واما ختصهم اذ ليس لهم
ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب الحفظ وقول ابي حنيفه فيه اي في المنقول اظهر
بانه يترك عنده نصيب الغايب في يد ذي اليد اي اظهر من حيث الدليل اذ لو ترك في يده لكان
مضمونا عليه ولو اخذ منه لا يكون مضمونا على احد فكان الترك في يده ابلغ من الحفظ اذ يد الضمين
اشد حفظا من يد الامين قوله وانما لا يوخذ الكفيل من ذي اليد لانه اي اخذ الكفيل انشا
خصومة اذ ربما لا يسامح ذو اليد في دفع الكفيل والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل فتنشا الخصومة
واما في ساير الصور التي يوخذ بالتكفيل فقد تقدمت سوابق الخصومة وكان اخذ الكفيل هناك
قطعا للخصومة وعند الشافعي ان لم يكن الشهود من اهل المعرفة الباطنة يعني بالظاهر لا بالنفس
لم يدفع الى الحاضر شيا حتى يبعث الحاكم ويسال في البلاد التي سافر اليها فان لم يظهر له وارث
سواهما دفع الى الحاضر نصيبه ويأخذ كفيلا منه • قال بعض اصحابه يجب اخذ الكفيل وقال بعضهم
يستحب وقال بعضهم ان كان الوارث ممن يحجب وجب اخذ الكفيل والا لا وقال بعضهم ان كان
الوارث مامونا لم يجب والا وجب وقد مر قوله لا يحتاج الى اعادة البينه في حق اخذ نصيبه
من ذي اليد • وقال ابو الليث عن بعض مشايخنا ان على قياس قول ابي حنيفه ينبغي ان يعيد البينة
لان تلك البينه للحاضر خاصة كما في القصاص اذا اقام بينة الولي الحاضر على قتل ابيه عمدا ثم
حضر الغايب يحتاج الى اعادة البينة على قوله خاصه فكذا ههنا • وقال بعضهم لا يحتاج الى الاعادة
لان بينة الحاضر له وللغايب كما في القتل الخطا اذا اقام الحاضر بينه لا يحتاج الغايب الى اعادة البينة
ويأخذ نصف الدية كذا ههنا • قال فخر الاسلام وهذا اصح لان احد الورثه ينتصب خصما عن الباقين
قوله خلاف الاستيفا اي استيفا نصيبه لا عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نايبا عن غيره

فلهذا لا يستوفي الا نصيب نفسه قوله دين الميت اي دين للميت فانه يقضي بالكل ولا
ياخذ الا نصيب نفسه وقوله الا انه استثنا عن قوله لان الورثه ينتصب خصما الى اخره
يعني لو ادعى احد على احد الورثه دينا على الميت يكون هو خصما في جميع التركه ويكون قضا على
جميع الورثه اذا كانت التركه جميعها في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع
اي في الجامع الكبير • وفي الكافي ان دعوى العين لا تتوجه الا على ذي اليد وانما ينتصب احد
الورثه خصما عن الباقين اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثه
ينتصب خصما وان لم يكن في يده شي من التركة قوله فهو على ما فيه الزكاه اي يلزم صدقته
جميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاه كالنقدين والسوايم واموال التجارة قلّ
بقليلها وكثيرها ويمسك قوتيه فاذا اصاب شيا بعد ذلك تصدق بما امسك وبعد ما وجب التصدق
في جنس الاموال التي تجب فيها الزكوه فلا فرق بعد ذلك بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك
يتعلق به الزكاه اذا انضم به غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر • ولهذا قالوا لو نذر ان
يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق عند
تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاه وان لم يكن الزكاة واجبه كذا ذكره المحبوبي ولا يجب
عليه تصدق الاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب
البذله وغير ذلك ذكره في المبسوط قوله وبه اي بالقياس قال زفر وهو قول الشافعي
والنخعي والبتي وقال مالك واحمد والزهري يتصدق بثلث ماله سوا كان زكويا او لا لما
روي انه عليه السلم قال لابي لبابه حين قال ان من توبتي يا رسول الله ان انخلع من مالي فقال
يجزيك الثلث وجه قول زفر والشافعي انه عليه السلام قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ولان
اسم المال عام فيتناول الكل كما في الوصية وقلنا استحسانا ان ايجاب العبد الى اخره يعني
ان الله تعالى اوجب الصدقه في مطلق المال بقوله خذ من اموالهم صدقه ويتناول مال
الزكاه فكذا فيما يوجب العبد الا ترى لو قال لله علي اطعام يصرف الى اطعام عشرة مساكين
اعتبارا لا ايجاب الله تعالى فكذا ههنا بخلاف الوصيه لانا لا نجد في الوصية ايجابا في
الشرع يعتبر بمال الزكاه لا غير حتى يصرف ايجابه اليه فلذلك انصرف الى كل المال • ولان
الوصيه اخت الميراث من حيث انها خلافه كهي اي كالوراثه اذ في كل منهما تمليك مضافا الى
ما بعد الموت ثم الميراث لا يختص بمال الزكوه فكذا الوصية كذا ذكره المحبوبي ولا يلزم علينا الاعتكاف
فانه يجب بايجاب العبد مع ان الله تعالى لم يوجب من جنسه لانا نقول اوجب الله تعالى على العباد
من جنسه معنى وهو الوقوف بعرفات فان كل واحد حبس النفس على العباده في مكان او لان
الاعتكاف انتظار للصلاة ولهذا اختص بالمسجد الذي يصلى فيه الجماعة فالمنتظر للصلاة كانه
في الصلاة في الحديث والصلاة واجبة بايجابه تعالى • واما حديث ابي لبابه ليس بنذر فانه شاور
النبي عليه السلم ان يتصدق بجميع ماله فامره عليه السلم بالاقتصار على الثلث كما امر سعدا حين
اراد الوصية بجميع ماله بالاقتصار على الثلث وليس هذا محل النزاع • واما قوله عليه السلم
من نذر ان يطيع الله فليطعه فنحن نقول به ولكن هذا محل النزاع ايضا وقد بينا الفرق بين الوصية
والنذر بالصدقه قوله لانها اي الارض العشريه سبب الصدقه وهي العشر فكانت الارض
العشريه بمنزلة مال التجارة من حيث انهما من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة ولا يقال في
العشر معنى المونه بالحديث فقال جهة الصدقه اي العباده فيها راجحه وعند محمد لا تدخل •

وذكر التمرتاشي قول ابي حنيفة مع قول محمد لانه اي الارض العشريه على تاويل المكان او ذكره
بالنظر الى خبره كما في قوله هذا ربي اذ هي من اسباب المونه عنده فصار مثل عبد الخدمة فلا يدخل
في قوله مالي صدقه لرجحان جهه المونه لان سببه الارض النامية كما في الخراج وجهه الصدقه
غالبه عند ابي يوسف ولهذا تصرف مصارف الصدقات لانه اي الخراج يتمحض مونه لان مصرفه
المقاتله وفيهم الاغنيا **قوله** فقد قيل يتناول كل المال وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفه
ذكره في الامالي واليه ذهب محمد بن ابرهيم الميداني لانه اي لفظ الملك اعم من المال اذ الملك
يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعه بخلاف ما لو
قال عبده حر ان ملك الاخمسين درهما فان ذلك ينصرف الى مال الزكاه وان نص على لفظ الملك
ذكره في الجامع لان بقرينة الاستثنا يفهم ان المراد من الملك المال اذ الاستثنا الدراهم يدل
ان المستثنى من جنسه كذا ذكره المحبوبي **قوله** والصحيح انهما اي لفظ المال ولفظ الملك
سوا وهو اختيار شمس الايمه ذكره في مبسوطه حيث قال ما املك صدقه في المساكين في القياس
يدخل جميع الاموال وهو قول زفر وفي الاستحسان لا يدخل الا الاموال الزكوتيه فكان في لفظ
الملك قياس واستحسان كما في المال وهو اختيار ابي بكر البلخي **وقوله** على ما مر اشارة الى
ما ذكر من وجه الاستحسان والقياس **قوله** لان حاجته من هذه مقدمة اذ لو لم يمسك
لاحتاج الى ان يسال الناس ولا يحسن ان يتصدق بماله ثم يسال الناس من ساعته ولم يقدر اي لم
يبين في الكتاب وهو المبسوط مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرتها **قوله**
وصاحب الغلة اي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي لو اجرها يمسك قوت شهر وان كان
صاحب ضياع لسنة لان يد الدهقان انما يصل الى ما يعقبه سنه وسنة وفي الكافي وان كان تاجرا
فيمسك مقدار ما يرجع اليه ماله اعتبارا للتفاوت وصولهم الى المال **قوله** ولا يجوز بيع الوكيل
حتى يعلم لتوقف الوكيل على العلم وقال احمد لا يتوقف الوكيل على العلم ايضا كالوصاية **قوله**
والعرف على الظاهر اي ظاهر الرواية من وجهين احدهما ان الوصاية تصرف بالموت فيعتبر بملك
ثبت بالموت وهو الميراث وثبوت الملك بالميراث لا يفتقر الى العلم فكذا هذا والثاني ان الوصي
خلف الموصي عند خلو مكانه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركة المورث بعد
موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل وعزل الوكيل لان التوكيل امر بما
وكل به والعزل نهي منه فيعتبر فيه العلم كامر الشرع ونهيه الا ترى ان اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم شربوا الخمر بعد حرمتها بدون العلم فنزلت الاية ليس على الذين امنوا وعملوا
الصالحات جناح فيما طعموا وانهم صلوا الى بيت المقدس بعد تحول القبلة الى الكعبة ولم
يومروا بالاعادة وكذا الخليفه اذا عزل قاضيه نقضى ذلك القاضي قبل وصول العزل اليه
نفذ قضاوه كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي **قوله** لان الوصاية انابه اي جعل الوصي نايبا
عن نفسه والانابه بمعنى جعل الغير عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداوله بين الناس بل هي
مستعمله فيها بمعنى الرجوع كقولهم اناب الى الله رجع فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال
الانابه بمعنى جعل الغير نايبا عن نفسه قال شيخي العلامه صاحب النهايه في النهايه ليس هذا موضع
عيب اذ صاحب الكشاف استعملها في ذلك في الكشاف في سورة الروم وكفى بقوله حجة في اللغة
كما في تصرف الوارث فان الولاية لو ثبتت بطريق الوراثه بان مات ابو الصغير ولم يعلم به الجد
حتى باع شيا من مال اليتيم جاز بيعه وكذا الوارث في املاك المورث والجامع بينهما مساس الحاجه

الى الصيانة والحفظ عن الضياع **قوله** فيتوقف على العلم لان الوكيل اثبات ولاية التصرف
فلا يصح بدون علمه كساير الاثباتات مثل البيع والهبه **ثم اعلم** ان الروايات اتفقت ان الوكالة
اذا ثبتت قصدت بدون العلم اما اذا ثبتت الوكاله في ضمن امر الحاضر بالتصرف بان قال
لغيره اشتر عبدي من فلان لنفسك هل ثبتت وكالة فلان بالبيع او قال لعبده انطلق الى فلان
ليعتقك او لامراته انطلقي الى فلان ليطلقك فاشترى من فلان او اعتق او طلق فلان بدون
العلم جاز فالحاصل ان الوكيل يصير وكيلا قبل العلم بالوكالة امر لا فيه روايتان في رواية
الزيادات لا يصير وفي رواية الوكاله يصير كذا في المحيط وكذا العزل اذا كان حكميا على ما يجي
في الوكالة **قوله** ومن اعلمه من الناس اطلق اسم الناس ليتناول كل مميز صغيرا او كبيرا
او كافرا او مسلما فان خبر كل مميز حجة في المعاملات التي لا الزام فيها كالوكالات والمضاربات
والاذن في التجاره للعبيد ذكره في اصول شمس الايمه وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكاله
والعزل عنها بخبر الواحد لانه عقد مالي كالبيع **وقلنا** اثبات حق لا الزام معنى الطلاق محض
لا الزام فيه يويده انه عليه السلام كان يقبل الهدية من البر والتقي والعبد وكان يشتري من الكافر
قوله حتى يشهد شاهدان والمراد من الشهادة الاخبار اذ لفظ الشهاده ليس بشرط ذكره في
جامع قاضي خان اما العداله في الشاهدين شرط اختلف المشايخ فيه قال شمس الايمة في اصول
الفقه ولفظ الكتاب مشتبه فانه قال حتى يخبره رجلان او رجل عدل فقيل معناه رجلان عدل
او رجل عدل لان صيغة هذا النعت للفرد والجماعة واحد الا ترى انه يقال شاهدي عدل فقيل
لا يثبت العزل بخبر الفاسقين لان فيه الزاما وخبر الفاسقين لا يصلح للالزام وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفه وبه اخذ الهندواني وزعم انه مذهب ابي حنيفه وقال ومعنى ما اطلق في الكتاب
محمول فيما اذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعداله **وقيل** يثبت العزل بخبر الفاسقين
لانه يثبت بخبر عدل واحد وتاثير العدد فوق تاثير العدالة فبالطريق الاولى يثبت به الا ترى ان
القضا بشهاده واحد عدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ **قوله** لانه اي العزل من المعاملات
فيثبت بخبر الفاسق اعتبارا بالوكاله والاذن للعبد في التجاره بخلاف الديانات فانها لا يثبت
بخبر الفاسقين فلان لا يثبت بخبر الفاسق الواحد اولى كذا ذكره المحبوبي **له** اي لابي حنيفه انه
خبر ملزم اي من وجه دون وجه فمن حيث انه تصرف في ملك نفسه يشبه التوكيل فيقبل خبر
كل مميز ومن حيث انه الزام ضرر يلزم التوكيل من حيث منعه عن التصرف فيشترط الشهادة
فشرطنا احد شرطي الشهادة وهو العدد او العداله توفيرا على الشبهين حظهما بخلاف الاول
اي الوكيل لانه لا الزام فيه بوجه وبخلاف رسول الموكل لان عبارته المرسل فصار كانه حضر
ومعنى ما قيل في الاصول ان فيه الزاما من وجه دون وجه مع ان فيه منع من التصرف للوكيل
والمادون من كل وجه ولا يجوز تصرفهما بعد ذلك ان في الالزام قصورا فان العزل والحجر
تصرف المالك في ملكه ولم يشترط فيه لفظ الشهاده وحكم الحاكم فانحطت رتبته عن رتبة الالزام
من كل وجه وهو ما كان الزاما على خصم منكر بشرط الشهاده وحكم الحاكم كذا في النهاية وذكر
المحبوبي اجمعوا على ان المخبر اذا كان عدلا ينعزل وان كان فضوليا واجمعوا ان المخبر لو كان فاسقا
وصدقه الوكيل فيما اخبر والماذون ينعزل **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى الى اخره
ههنا ست مسايل عزل الوكيل وعزل الماذون واخبار المولى والشفيع والبكر والمسلم
الذي لم يهاجر ثلاث منها وهو عزل الوكيل وعزل الماذون واخبار المولى ذكره محمد في المبسوط

مشايخنا

واثنان منها وهو اخبار الحربي واخبار الشفيع ذكره في النوادر والمسئلة السادسة قاسها مشايخنا
بهذه الخمسة • اما المولى اذا اخبر بجناية العبد فاعتقه فان كان المخبر عدلا او فاسقا فصدقه
يكون مختارا للفدا بالاجماع • وان كان فاسقا لم يصدقه فعلى الاختلاف • وكذا الحربي اذا اسلم
في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرايض فان كان المخبر عدلا او فاسقا فصدقه يلزمه
القضا بالاجماع • وان كان فاسقا ولم يصدقه فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافا لهما •
وكذا الشفيع اخبر بالشرا فسكت فعلى ما قلنا من الوجوه • وكذا البكر اذا اخبر بالنكاح
فسكت فعلى ما ذكرنا من الوجوه كذا ذكره المحبوبي **قوله** واخذ المال اي الثمن فضاع اي
الثمن واستحق العبد لم يضمن اي القاضي او امينه **قوله** اذا كان العاقد محجورا اطلق لفظ المحجور
ليتناول العبد المحجور والصبي المحجور فان من وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشرا او عبدا محجورا
جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق حقوق العقد بهما بل يتعلق بموكلهما واذا تعذر تعليق الحقوق
ههنا على العاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في توكيل المحجور واقرب الناس فيما نحن فيه
الغريم لوقوع العقد له كما في الوكيل • ولهذا ان القاضي لا يامر امينه او الوصي الا بعد طلب
الغريم لانه اي الوصي عاد نيابة عن الميت • اما اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا
نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام الميت لا ليكون قايما مقام القاضي فصار
كما اذا باع المديون بنفسه حال حياته وهناك يرجع الحقوق اليه فكذا ههنا لانه اي الوصي
عامل لهم اي للغرما ومن عمل لغيره عملا ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل **قوله**
قالوا ويجوز ان يقال يرجع اي الغريم بالماية التي غرمها ايضا كما رجع بدينه وانما قال بهذا اللفظ
لان فيه اختلافا قال ابو الليث يجوز ان يقال يرجع بما ضمن الوصي او المشتري لان الضمان لحقه
لامر الميت • وعن بعض مشايخنا لا يرجع لان الضمان انما لحقه بفعله لان قبض الوصي كقبضه في
الكافي والاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه **قوله** والوارث اذا بيع له
اي لاجل الوارث يعني اذا احتاج الى بيع شي من التركة وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع
المشتري بالثمن على الوصي على الوارث وكذا لو باعه امين القاضي لحاجته رجع المشتري على
الوارث اذا كان اهلا وان لم يكن اهلا نصب القاضي عنه من يقضي دينه

فصل اخر

جمع في هذا الفصل مسايل يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضا وهو ان قول القاضي بانفراده
قاضيا او معزولا هل يقبل ام لا فلهذا افرده بفصل على حدة لتجانس مسايلها نظرا الى اتحاد
الاصل ووصله الى كتاب القضا لانه منه **قوله** حتى تعاين الحجة او تشهد مع القاضي على
ذلك عدل وبه اخذ مشايخنا لفساد قضاة الزمان وصدق خبر الواحد بعد مرتبة الامام عليهم
السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان لغلبة الجهل
والفسق فيهم الا كتاب القاضي للحاجة وهو ضرورة احيا الحقوق ولان الخيانة فيه قل ما يقع **قوله**
لخلوه عن التهمة يعني لما كان قادرا على انشايه لا تتمكن التهمة في خبره ولانه قد جرى الرسم انه لا
يقلد في كل بلدة الا قاض واحد فلو لم يكن يجد خبره حجة في الالزام لكان تقليده في كل بلدة قاضيين
كما يستشهد شاهدان على حق واكثر من ذلك ثم في ظاهر الرواية يعتمد على خبره من غير استفسار ولكن
قال مشايخنا هذا اذا كان القاضي عدلا فقيها فعدالته تمنعه من الميل الى الرشوة وفقهه يؤمن من
الغلط في الحكم كذا في جامع شمس الايمة ولان طاعة اولي الامر واجب قال تعالى اطيعوا الله الى قوله
واولي الامر منكم وقال عليه السلام اسمعوا واطيعوا وان امر عليك عبد حبشي ومن الطاعة قبول

قوله وصار بحق الولاية قوله مثل قول الجماعة **قوله** يستفسر اي عن قضايه فان احسن اي
فسر قضايه بان فسره على وجه اقتضا الشرع بان قال في الزنا بالاقرار استفسرت المقر كما هو
المعروف فيه وحكمت برجمه ويقول في السرقة ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا
شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا **قوله** لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لانه تعالى قال
ان جاءكم فاسق الاية **قوله** لتهمة الخطا اي اذا كان جاهلا فاسقا او الخيانة اذا كان عالما
فاسقا وما ذكر الوجه الرابع من القسمة العقلية وهو ان يكون عالما عادلا لانه يقبل قوله
بدون الاستفسار لزوال موجب الاستفسار وهو الجهل والفسق **قوله** لا يمين عليه
اي على القاضي لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضا الخصم لا ينفذ والقاضي امين لا خصم
كذا في جامع البرهاني ولانا لو اوجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع
الناس عن الدخول في القضا فيتعطل امور الناس **قوله** ولو اقر الاخذ او القاطع اي
لو اقر القاطع بامر القاضي واخذ المال بامر القاضي بالقطع والاخذ بقضا القاضي لا يضمن ايضا
كالقاضي لانه اي القاطع والاخذ فعله • ودفع اي القاضي اي دفع القاضي المال الى رب الدين او
المستحق صحيح لانه دفعه في حالة القضا والظاهر انه بحق وكان دفعه صحيحا كما اذا كان معاينا
اي اذا كان دفع القاضي المال الى الاخذ حكم القضا في معاينة الماخوذ منه المال لا يضمن الاخذ
فكذا اذا اقر بما اقر به القاضي **قوله** فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح هذا احتراز عما ذكر شمس
الايمة في جامعه ان القول للمدعي اذا قال فعله بعد العزل لانه اضاف الفعل حادث فيحال حدوثه
الى اقرب الاوقات ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل ان المنازعة متى وقعت
في الحالة الماضية يحكم الحال كما في مسئلة الطاحونة • وفي الحال فعله وهو قاض وذلك غير
موجب الضمان عليه باعتبار الظاهر اذ الظاهر ان القاضي يقضي بما هو حق حتى يتبين خلافه ولكن
ذكر في عامة شروح الجامع فالقول للقاضي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار فخر الاسلام والصدر
الشهيد لانه متى عرف انه كان قاضيا صح اضافته الاخذ الى حالة القضا لا الى حالة القضا فهو
منافية للضمان فصار بتلك الاضافة منكرا للضمان كما لو قال الوكيل بالبيع بعت وسلمت قبل العزل
وقال الموكل لا بعد العزل فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قايما بعينه لم يصدق
لانه اخبر عن امر لا يملك انشاه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك
خطأ وانا عبد فلان وقال المقر له قطعتها وانت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا لو قال
لعبد قد اعتقته اخذت منك غلة كل شهر كذا وانت عبدي وقال المعتق اخذتها بعد العتق فالقول
للمولى ولو كانت الغلة قايمة فالقول للعبد وياخذه من المولى لانه اقر بالاخذ ثم ادعى ما لا صار به
التملك عليه وكان مدعيا وكذا في مسئلة القاضي لو كان الالف بعينها قايمة في يد القابض فقال
القاضي بعد العزل اخذته منك وانا قاض فقضيته لهذا الرجل ودفعته اليه وصدقه المقضي له
فيه وانكره المقضي عليه وقال اخذته مني بعد العزل على وجه القضا فالقول للمقضي عليه على
محمد في الزيادات فقال لان الشي قايم بعينه فلا يصدق القاضي في انه اخذه على وجه الحكم بعد
العزل قالوا ومعناه ان القاضي لما اقر بالاخذ منه يصير شاهدا والعبرة بالكلام الثاني واقراره بالاخذ
صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة وكذا الوصي لو ادعى انه انفق على اليتيم بعد بلوغه
وكذا في دين وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول للوصي كذا ذكره المحبوبي **قوله** والجنون
منه كان معهودا اي معلوما عند الناس كان القول له حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى

حالة منافيه لا يقاعها • وكذا لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم
ان ذلك اصابه لاضافته الى حالة معلومة عند الناس منافية للاقرار **فان قيل** يشكل
على هذا ما ذكره في باب جناية المملوك فيمن اعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي
فقالت قطعتها وانا حرة فالقول لها وكذا كل ما اخذ منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع
مع انه منكر لوجوب الضمان باسناده الفعل الى حالة معلومة منافية للضمان **ولو قلت**
اقر هنا لسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبريه عنه فلا يسمع لذلك **قلنا**
ههنا ايضا اقر بسبب الضمان وهو الاقرار للمقر له بشي ثم ادعى ما يبريه بذهاب العقل
وكذا القاضي بالاخذ وهو موجب للضمان بعد العزل ثم ادعى ما يبريه بكونه في حالة القضا
وكذا الوكيل بالبيع وكذا الوصي فيجب ان لا يسمع ما يدعيه مما يبريه ههنا ايضا **قلنا**
الفرق بينهما ان المولى اقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فصد وفي الاقرار ولا
يصدق في جهة التملك كما لو قال احدث منك الفا بحق دين عليك او بحق الهبة التي وهبت
لي وانكر الاخر كان القول للمقر له • وكذا لو قال اكلت طعامك باذنك وقال بغير اذني فالقول
لصاحب الطعام لما قلنا بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك • وكذا
في دعوى الطلاق والعتاق والاقرار ما ادعوا التملك لانفسهم ما هو ملك الغير فكان القول
قولهم في اضافتهم الى حالة معهودة منافية اليه اشار الامام المحبوبي **قوله** في هذا الفصل
وهو فصل ان المقطوع يده والماخوذ ماله يزعم ان القاضي قطع واخذ قبل التقليد او بعد العزل
والقاضي امر بهما انهما يضمنان ولا يضمن القاضي باقراره ذلك لانا قبلنا قول القاضي في نفي
الضمان عن نفسه فاما في حق ذلك الرجل فلا **فان قيل** قد وجد منها الاسناد الى حالة
معهودة منافية للضمان فيجب ان لا يضمنا كالقاضي **قلنا** ان هذه جهة يعارضها ما هو
اقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه جهة قطعية بكون اقرار
كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من تقلد القاضي في حقهما جهة ظاهرة لا قطعية والظاهر
لا يعارض القطعي **فان قيل** هذا الوجه ثابت في حق القاضي ايضا لانه اقر بالقضا بالاخذ
ثم ادعى ما يبريه بالاسناد الى حالة معهودة منافية ينبغي ان لا يقبل قوله ايضا **قلنا**
لو اوجبنا الضمان على القاضي بالاقرار بالقضا لامتنع الناس عن قبول القضا ولا كذلك في فصل
الاخذ لان وجوب الضمان على الاخذ لا يفضي الى ذلك ولان حالة القضا ما فيه للضمان لا
محالة لما ذكرنا فكان في اسناده الى حالة القضا فايدة • واما اسناد غير القاضي فعله الى حالة
القضا غير مفيد لان ذلك لا ينافي الضمان لا محالة لانه كم من غاصب يغصب مال الغير والقاضي
في القضا قايم وما ادعى من القاضي امر بالقطع والاخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول
المعزول في حقه شهادة فلا تسمع

كتاب الشهادات

ايراد كتاب الشهادة عقيب ادب القاضي من المناسبة محاسن الشهادة كثيرة منها انها صفة الله تعالى قال
الله تعالى والله على كل شي شهيد • منها ان مبناه على الصدق وهو حسن في ذاته فالخبر الصادق حسن
في ذاته **فان قيل** تزكية النفس والغيبة منهي عنه بقوله تعالى فلا تزكوا انفسكم وبقوله
ولا يغتب بعضكم بعضا الايه وان كان صادقا فكيف يكون الصدق حسنا في ذاته **قلنا**
التزكية تتضمن معنى الاعجاب والتفوق على الغير فيكون منهيا لهذه الجهة وان كان صادقا في
نفسه وكذا الغيبة باعتبار ايذا الغير • ومنها ان فيها امتثال امر الله تعالى قال تعالى كونوا

قوامين بالقسط شهدا لله • ومنها استحقاق الاكرام قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله
تعالى يحيي بهم الحقوق • ثم الشهادة لغة اخبار قاطع ذكره في الصحاح يعني الاخبار بالشي عن مشاهدة
وعيان لا عن تخمين وحسبان • ومن هذا قالوا مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة واليه الاشارة
النبوية بقوله اذا رايت مثل الشمس فاشهد • وفي الشريعة اخبار عن صدق بلفظ الشهادة في
مجلس القضا **وسببها** في حق التحمل المشاهدة وفي حق الادا طلب المدعي **وركنها** استعمال
لفظ الشهادة وشروطها كثيرة وتجي في اثنا المسايل **وحكمها** وجوب الحكم على القاضي بما يثبت
بها وفي المبسوط **والقياس** يابى كون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب
والمحتمل لا يكون حجة الا ان القياس ترك بالنصوص والاجماع قال فرض اي اداوها وتحملها
اذا تعين وفرض كفاية اذا لم يتعين باجماع الفقها **وقوله** لا يسعهم كتمانها تاكيد لقوله
يلزم الشهود وقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا دليل ان الطلب من المدعي شرط لفرضيته
والنهي عن الابا عند الدعا امر بالحضور للادا والنهي عن الشي يكون امرا بضده اذا كان له
ضد مقصود بامر اخر وههنا كذلك لان الادا منصوص بقوله تعالى واقيموا الشهادة لله مع ان
لهذا النهي ضد واحد وانما خص القلب وان كانت الجملة اثمة لانه رييس الاعضا والمضغة التي
ان صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد كله • كما جا في الحديث فكانه قيل قد تمكن الاثم في
اصله وملك اشرف شي منه ولان افعال القلوب اعظم من ساير الجوارح • فاصل الحسنات والسيات
الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة من اثام القلوب بان انه من
اعظم الذنوب • وفي المجتبى عن الفضلي تحمل الشهادة فرض على الكفاية كادايها والا لضاعت
الحقوق وعلى هذا الكاتب الا انه يجوز اخذ الاجرة على الكتابة دون الشهادة ممن تعينت
لادايها باجماع الفقها • وكذا فيمن لم يتعين عندنا وبه قال الشافعي في قول وفي قول لعدم
تعينه عليه **ويستحب** الاشهاد في العقود الا في النكاح فانه يجب وفي الرجعة عند الشافعي
واحمد وقد بيناه في الرجعة ثم ادا الشهادة انما يجب اذا كان الشاهد قريبا الى مجلس القضا
فان كان بعيدا ان كان بحال لو حضر مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب
الحضور عليه لانه لا ضرر عليه في الحضور وان كان لا يمكنه الرجوع الى اهله في يومه لا يجب عليه
الحضور ولو كان الشاهد شيخا كبيرا او ضعيفا لا يقدر على المشي فتكلف المشهود له بدابة يركبها
فلا باس به فان هذا من اكرام الشهود • وعن ابي سليمان الجوزجاني لو اخرج الشهود الى ضيعة استاجر لهم
واستاجروا ابالهم فركبوا وذهبوا لم تقبل شهادتهم وفيه نظر بان العادة جرت باعطا الدابة
للشاهد خصوصا اذا لم يكن له دابة • ولو امتنع من ادايها فان كان في الصك غيره ممن تقبل شهادتهم
يسعه ان يمتنع ولو لم يكن في الصك جماعة ممن تقبل شهادتهم او كانوا لكن من لا يظهر الحق بشهادتهم
او كان يظهر لكن شهادته اسرع قبولا لا يسعه الامتناع لانه عسى يضيع حق المشهود له وقال
ابو بكر ولو علم ان القاضي لا يقبل شهادته يرجو ان يسعه الامتناع • وقال شيخ الاسلام لو اخر
الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل شهادته لانه لما ترك الادا مع امكان الادا
فقد احتمل انه ترك لعذر بان نسي او كان له شغل مانع واحتمل انه ترك لانه اراد الاجر على الادا
فيمكن في شهادته نوع تهمة والتهمة مانعة عن القبول الكل من الذخيرة **قوله** لانه اي الشاهد
من حسبتي والحسبة ما ينتظر به الاجر في الاخرة وفي الصحاح احتسب بكذا اجرا عند الله والاسم
الحِسبة بالكسر وهي الاجر والجمع الحسب وفلان يحتسب الخلد ولا نما لمحتسب **فان قيل**

هذا الذي ذكره معارض لاطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وتقييد المطلق لا يجوز
بخبر الواحد **قلنا** لانه محمول على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الاية وهي
اية المداينة وبالاجماع وبالنص وهو قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة الى قوله
لهم عذاب اليم في الدنيا والاخرة • والمعنى ان الستر والكتمان انما حرم لخوف فوت حق المدعي
المحتاج الى احيا حقه من الاموال وغيرها • فاما الحدود فحقوق الله تعالى والله تعالى موصوف
بالغنا والكرم وليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك ان يختار الشاهد جانب الستر **قوله**
ولا تقبل شهادة النسا فيها اي في فاحشة الزنا • وعن عطا وحماد بن سليمان انه تقبل حتى لو شهد
ثلاثة رجال في الزنا وامراتين تقبل لاطلاق قوله تعالى واشهدوا الاية وما ذكرتم من النصوص
فيها بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيها نفي الجواز بدون وصف الذكورة **قلنا** فاذا
قبلت شهادة النسا مع ثلاثة رجال لم يبق لقوله اربعة منكم فايدة كذا قيل والاولى التمسك
بحديث الزهري فانه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين الى اخره
وانما خص الخليفتين ابي بكر وعمر بالذكر لانه مهد قواعد الشرع واظهر طرق الاحكام كان اكثر
في خلافتهما **قوله** ولانها اي في شهادة النسا شبهة البدلية اي من حيث الصورة قال
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وليس ببدل حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة النسا مع الرجال
مع القدرة على استشهاد الرجلين وحقيقة البدلية غير محتملة في الحدود حتى لا تقبل الشهادة
على الشهادة فيها فكذلك شبهة البدلية اعتبارا للشبهة بالحقيقة لان الشبهة فيما يسقط بالشبهات
كالحقيقة • وحكي عن ملك انه لا تقبل شهادة النسا مع الرجال الا عند عدم الرجلين نظرا
الى ظاهر الاية فحينئذ في شهادتهن حقيقة البدلية **قوله** بقية الحدود كحد الشرب والسرقة
تقبل فيها اي بقية الحدود والقصاص شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا الى قوله من رجالكم
وعن الحسن البصري لا تقبل في القتل الا اربعة كالزنا • وعن عطا تقبل فيها شهادة النسا كما
ذكرنا وقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وارد في المداينات فلا يكون حجة في
الحدود والقصاص **قلنا** فيه بيان اشتراط عدد الاثنين فلما اختص باب الزنا باربع من
من الرجال كما ذكرنا لا يلحق به غيره في حق العدد بالقياس لان القياس لا يجري في المقادير
والاعداد ولا في الحدود ولا مساواة في الزنا وغيره من الكباير لان الزنا موجب للعقوبة بخلاف
ساير الكباير مع ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان الاية جعلت حجة في غير المداينات
من الحقوق سوا كان مالا او غير مال فكذا في الحدود وثبت اشتراط الذكورة بحديث الزهري
والاجماع كما ذكرنا **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى حديث الزهري وما ذكره من شبهة البدلية **قوله**
والوصية اي الوصاية لانه في تعداد المال **قوله** ونحو ذلك كالعتاق والرجعة والنسب ۵
وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار ذكره في مبسوط شيخ الاسلام
وبقول الشافعي قال ملك واحمد في رواية وقال احمد في رواية كقولنا **وقوله** الا انها
استثنا من قوله لان الاصل فيها اي شهادة النسا عدم القبول الا انها قبلت في الاموال ضرورة
كثرة وقوع اسبابها لانه يلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة ولا ضرورة في النكاح وتوابعه
لانه اقل وقوعا واعظم خطرا ولهذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة
كالنكاح وتوابعه فيلحق غيرها بها ولنا ما روي ان عمر وعليا اجازا شهادة النسا مع الرجال في
النكاح والفرقة ولا نسلم انه اصلية لا ضرورية لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة

١٩٤

وفي بعض النسخ وهي المشاهدة اي المعاينة وبها يحصل العلم للشاهد والضبط وهو حسن السماع
والفهم والحفظ الى وقت الادا وبه يحصل العلم والادا وبه يحصل العلم للقاضي وفي النهاية
في لفظ الكتاب نوع خلل فانه فسر اهلية الشهادة بهذه الاشيا الثلاثة وهذه الاشيا الثلاثة
لا تصح لانها تكون في العبد والكافر والصبي مع انهم ليسوا باهل للشهادة بل الاهلية لها تثبت
بالحرية والاسلام والبلوغ • وهذه اسباب للتحمل الا اذا جعلت هذه الاشيا تفسيرا للاسم
الموصول المبهم في قوله لوجود ما ينبني فحينئذ يجب ان يقول وهو المشاهدة الى اخره لكن النسخة
المصححة بتصحيح شيخي كانت وهي والصحيح ما ذكر في الاسرار ان الانسان انما يصير شاهدا بالولاية
والولاية مبنية على الحرية والارث والنسا في هذه مثل الرجال والقبول يبتني على العدالة واتفا
التهمة بالكذب والنسا مثل الرجال في العدالة ولهذا تقبل رواية الحديث منها **قوله** ونقصان
الضبط الى اخره جواب عما قال الشافعي ان الاصل عدم القبول لنقصان الى اخره فقال ذلك
النقصان بضم الاخرى اليها **فان قيل** هذا الجواب منقوض بشهادتهن في النكاح فان اشتراط
الشهادة ليس لخوف النسيان بل المقصود فيه حضور الشاهد ولا يتصور النقصان في الحضور
بعد الحضور فينبغي ان ينعقد النكاح بشهادة رجل وامراة واحدة عندنا **قلنا** ذكر هذه
الشبهة في المبسوط ثم قال ولكنا نقول ثبت بالنص ان المراتين شاهد واحد وكانتا الواحدة
نصف الشاهد ونصف الشاهد لا يثبت شي ولهذا لو شهد رجلان وامراة ثم رجعوا لم تضمن
المراة شيا بخلاف ما لو شهد رجلان وامراتان او ثلاثة رجال **قوله** لم يبق بعد ذلك الا
الشبهة اي شبهة البدلية لان بقا شبهها وهو الانوثة يورث شبهة فلا تقبل فيما يسقط بالشبهات
وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات الا ترى ان النكاح والطلاق والعتاق يثبت مع الهزل الذي لا يثبت
به المال فلان يثبت بما يثبت به المال اولى وكذا يثبت النكاح مع الاكراه لا المال وكذا الوكالة
والوصية والاموال يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فكذا يثبت بشهادة
النسا وان كان فيها شبهة البدلية **قوله** وعدم قبول الاربع الى اخره جواب عن استدلال الشافعي
ولهذا لا تقبل شهادة الاربع منهن وفي القياس قبول شهادة الاربع منهن لما ان الشرع اقام امراتين
مقام رجل فالاربع مقام رجلين الا انها لا تقبل على خلاف القياس لما فيه من زيادة كشفهن وكثرة
خروجهن **قوله** وهو اي قوله عليه السلام حجة على الشافعي في اشتراط الاربع من النسا وهو
قول عطا هو يقول ان المراتين قامتا مقام رجل واحد والحجة شهادة رجلين لا رجل واحد وعلى ملك
في اشتراط الاثنين وبه قال النووي هما يقولان لما سقط اعتبار الذكورة للعدد بقي العدد معتبرا
وقلنا لما دخلت اللام الجمع جعلنا الجنس اذ لم يكن ثم معهود والكل ليس بمراد قطعا فيراد به
الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية والمسئلة مستقصاة في الاصول يؤيده ان حذيفة
راوي الحديث قال انه عليه السلام اجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة النسا جايزة الحديث
وبقولنا قال احمد والحسن البصري **وقلنا** اسقطت صفة الذكورة ليخف النظر اذ النظر الى
العورة حرام الا انا اعتبرنا نظر جنسها لان نظر المراة الى عورة المراة اخف اذ شهوتهن اليهن اقل
من نظر الرجل الى عورتها فيسقط اعتبار العدد ايضا لان نظر الواحد اخف من نظر الجماعة ايضا
الا ان المثنى والثلاث احوط لزيادة طمانينة القلب **فان قيل** اذا كان نظر المراة اخف بما
ذكرتم فكيف المثنى والثلاث احوط ولهذا لا يكون نظر الرجل احوط مع كمال عقله **قلنا** لما
اخذ هذا شبها بالشهادة بمعنى الالزام وبالاخبار من حيث سقوط صفة الذكورة وفي ملاحظة

على الشبهين فقلنا بشبهه الاخبار فسقط صفة الذكوره وبشبهة الالزام قلنا العدد فيه احوط لزياده طمانينه القلب ٥ وينبغي ان يكون العدد شرطا كما قال مالك الا ان في اشتراط العدد لاحق النظر فقلنا باستحبابه لا بالزامه كذا قيل قوله ثم حكمها اي حكم شهادة امراه واحدة شرحنا في الطلاق في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق وفي المبسوط لو شهد بالولاية رجل بان قال فاجاتها فاتفق نظري اليها يقبل اذا كان عدلا ٥ ولو قال تعمدت النظر لا يقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر يقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعي قوله فان قلن انها ثيب وفي المبسوط فان قلن انها بكر فلا يمين على البايع لتايد شهادتهن بالاصل وهو البكاره ومقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن هي ثيب يستحلف البايع لتجرد شهادتهن عن مويد فاذا انضم نكول البايع الى شهادتهن ردت عليه قوله والعيب يثبت بقولهن اي في حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى ان لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشتري ولاية تحليف البايع بل القول للبايع لتمسكه بالاصل وهو البكاره فيحلف البايع انها لبكر كما يقول ان كان قبل القبض وان كان بعد القبض يحلف بالله لقد سلمتها وهي بكر قوله واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي في قول لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنسا فيه سوا فكان مما يطلع عليه وان لم يحضر الرجال فشهادتهن كشهادتهن على جراحات النسا في الحمامات وان لم يحضر الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاه اي تقبل في حق الصلاه لانه من امور الدين وخبر المراه الواحده حجه في ذلك كشهادتها على هلال رمضان وعندنا تقبل في حق الارث قال الشافعي ومالك واحمد لان الرجال لا يحضرهن في ذلك الموضع ليسمعوا صوته فصارت كشهادتهن على الولادة قوله ولا بد في ذلك كله من لفظه الشهاده والعداله ولا خلاف فيها للفقها وفي المبسوط العداله الاستقامة لا نهايه لكمالها وانما يعتبر فيها القدر الممكن وهو الانزجار عما يعتقده حراما في دينه وفي الذخيره واحسن ما قيل في تفسيرها ما نقل عن ابي يوسف وهو ان يكون مجتنبا عن الكباير ولا يكون مصرا على الصغاير ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطايه ويجي تفسير الكبيره ان شا الله تعالى قال تعالى ممن ترضون من الشهدا والمرضي هو العدل لا الفاسق والمتعاطي التاول قوله والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سوا كان ذا وجاهة او لا لاطلاق قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا ٥ ولان قبول الشهادة والعمل بها اكرام الشاهد قال عليه السلم اكرموا الشهود الحديث وفي حق الفاسق امرنا بخلاف ذلك ٥ قال عليه السلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر اي شديد العبوسة ولا مروة لمن يكون معلنا بالفسق شرعا كذا في المبسوط قوله فلان النصوص نطقت باشتراطها والمراد من نطق النصوص ورودها بلفظة الشهادة والاشهاد ٥ قال الله تعالى واقيموا الشهاده واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا وقال عليه السلم اذا رايت مثل الشمس فاشهد لا ان يكون اشتراطها صحيحا بهذه اللفظة واليه اشار بقوله اذ الامر فيها اي في النصوص بهذه اللفظه يعني جواز الحكم بالشهاده بخلاف القياس لما ان قول الشاهد يحتمل الكذب وانما ثبت بالنص والنصوص وردت بقبولها بهذه اللفظة فيقتصر على مورد النص ولا يقال جا الامر بالتكبير بلفظ التكبير قال تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفه ومحمد تبديله بلفظ اخر مثل الله اجل واعظم لانا نقول ان التكبير للتعظم وفي قوله

اجل واعظم صريح التعظيم فكان مثله من كل وجه بل ازيد فيلحق به دلالة اما الشهادة فتنبي عن المشاهدة والعيان ولهذا اندرج للقسم فكانت له زيادة وكادة في الاخبار على قوله اتيقن او اعلم فلا يمكن الحاقهما بلفظه الشهادة وقوله هو الصحيح احترازا عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهاده ٥ قال التمرتاشي قال في شرح بكر قال مشايخ بخارى وبلخ يشترط لفظة الشهاده وقال مشايخ العراق لا يشترط لا يشترط لانه خبر لا شهادة كما في شهادة هلال رمضان واتفقوا على اشتراط الحريه والعقل والبلوغ والاسلام وجه الصحيح ان النص ورد بلفظ الشهادة قال عليه السلم شهادة الحد ولان فيها معنى الالزام قوله يقتصر الحاكم على ظاهر العداله فان قيل الظاهر يكفي للدفع ولا يكفي للاستحقاق وههنا يثبت استحقاق المدعي بالمدعا به بظاهر العدالة قلنا في جوابه الظاهر ههنا مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان للوصول الى الدليل القطعي الا بالظاهر لان العداله يحتاج الى تزكيه المزكي بحسب الظاهر اذ لو لم يعمل بقول المزكي لاحتاج الى مزك اخر ويرد ذلك في قوله ايضا وكذا في الثالث والرابع فيودي الى التسلسل وقولهم الظاهر لا يكفي للاستحقاق لا على اطلاقه بل يكفي اذا لم ينازعه اخر فان ظاهر اليد يصلح حجه لاستحقاق الشفعة اذا لم ينازعه المشتري ولا منازعة قبل الطعن فصلح حجه وبعد الطعن يوجب الترجيح بالسوال وقوله الا في الحدود استثنا من قوله يقتصر الحاكم على ظاهر العداله يعني لا يقتصر في الحدود والقصاص على ظاهر العدالة لان مبناهما على الدرء فيحتال بزيادة سوال عن المزكي قوله وان طعن الخصم فيهم اي في غير الحدود والقصاص اذ فيهما لا يتوقف السوال على الطعن بالاتفاق قوله يقابل الظاهران يعني كان الظاهر ان الشهود لا يكذبون فكذا الظاهر ان الخصم لا يكذب في طعنه فيحتاج القاضي الى الترجيح وعندهما لا بد ان يسال طعن الخصم او لم يطعن في جميع الدعاوي وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لم يسال عنه ومن عرف جرحه رد شهاده وانما يجب عليه السوال فيما شك وان سكت الخصم الا ان يقر بعدالتهم لان القضا ينبته وفي بعض النسخ مبنية على الحجه وهي شهاده العدول فالنص فيتعرف اي القاضي عن العداله وفيه اي في تعرفه صون قضايه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا بطل القضا اما الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وحاجتنا ههنا الى الزام الحكم ولا يكون الا بحجة ملزمة قوله وقيل هذا اختلاف عصر فان ابا حنيفه افتى في القرن الثالث الذي شهد لهم النبي عليه السلام خير القرون القرن الذي انا فيهم الحديث وهما افتيا في القرن الرابع الذي شهد النبي عليه السلام بفشو الكذب فيهم وقيل هذا اختلاف حجه وبرهان كما ذكر في المتن فالحجة فيهما قوله ان يبعث المستوره اي الرقعه التي يكتب فيها القاضي اسما الشهود وحليتهم ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي وفي المغرب حليه الانسان صفته والجمع حلى بالكسر والضم وقيل بكسر الحا افصح قيل اراد بالمصلى المحله والظاهر ان المراد مسجد المحله ٥ وفي المحيط وفتاوى قاضي خان وينبغي للقاضي ان يختار للمسئله عن الشهود من هو اوثق الناس واورعهم واعظمهم واكثرهم امانة وخبرة واعلمهم بالتمييز فطنه فوليه المسئله ثم يكتب في رقعه اسما الشهود جمله بانسابهم وحلاهم وقبايلهم ومحالهم ومصلاهم ويبعث تلك الرقعه على يد امين يحتوه مدليه ولا يطلع احدا على ما في يد امينه حتى لا يخدع بالرشوه ولو كان المزكي بعيدا فيجعل الامين على الكذ ويمزق الصحيفة التي يكتب فيها اساميهم عليه ايضا ثم المزكي يسال عنهم من اهل الثقه من جيرانهم

ومحلتهم فان لم يجد ممن اهل سوقهم فاذا قال المسؤل عنه هو عدل يكتب المزكي في اخر الرقعة
الرقعة انه عدل مرضي عندي جائز الشهادة والا يكتب انه عدل غير مرضي • وفي فتاوى قاضي
من عرف فسقه لا يكتب ذلك تحت اسمه بل سكت احترازا عن هتك الستر • او يقول الله يعلم
الا اذا خاف ان القاضي يقضي بشهادته بعد بل غيره فحينئذ يصرح بذلك • ومن لم يعرفه
لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ثم بعث تلك الرقعة الى
القاضي سرا ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية السر وبين تزكية العلانية وفي الذخيرة
وينبغي ان يكون المزكي صاحب خبرة ولا يكون منزويا لا يخالط الناس لانه اذا لم يخالط لا يعرف
العدل من غير العدل • وينبغي ان لا يكون طماعا ولا فقيرا حتى لا يخدع بالمال • فاذا لم يجد المزكي
اهل مسجده او محلته او سوقه يسال اهل مجلسه فان وجد كلهم غير ثقاة يعتبر في ذلك
تواتر الاخبار ولو لم يعرف الشهود بالعدالة فاخبره رجلان عدلان عن السبب وسعه
ان يشهد على السبب • وعن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية السر المراة والعبد والمحدود
في القذف اذا كانوا عدولا • ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته لا تزكية السر
من الاخبار بامر ديني وهو قول هولاء في الامور الدينية اذا كانوا عدولا ومقبولا كما في رواية
الاخبار وشهادتهم بهلال رمضان اما العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضا لا يجب الا بها
كالشهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة سوى لفظة الشهادة حتى لا يجوز تزكية الوالد
لولده وعلى العكس وفي السراجية **قوله** وحدها في الصدر الاول اي الصحابة لان القوم
كانوا صلحا والمعدل كان لا يتوقى عن الجرح لانهم كانوا لا يقابلونه بالاذى لو جرحهم وفي زماننا
تركت تزكية العلانية لانها فتنة وبلا اذا الشهود يقابلون الجارح بالاذى كذا في الفوائد الظهيرية
قوله وهذا اصح وبه قال اصحاب الشافعي واحمد وقال مالك لا بد من ذكر العدالة والرضا
بان يقول عدل مرضي ولا يقتصر على احد الوصفين ذكره في الجواهر لان في زماننا كل من نشا في
دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسال القاضي عن اسلامه وحريته وانما
يسال عن عدالته كذا في جامع قاضي خان **قوله** قال وفي قول من راى اي قال ابو حنيفة
في قول من راى ان يسال عن الشهود وهو قولهما والائمة الثلاثة فقد ذكر قاضي خان في جامعه
بعد ذكر اختلافهم في التزكية ثم فرع ابو حنيفة على قول من يرى السؤال عن الشهود وكان هذا
نظير مسئلة المزارعة **قوله** وعن ابي يوسف ومحمد يجوز تزكيته الى اخره وبه قال الشافعي في
قول وفي قول لا يجوز كظاهر الرواية وفي جامع قاضي خان هذا اذا كان المدعى عليه يصلح مزكيا فان
كان فاسقا او مستورا او سكت عن جواب الدعوى ولم يجحد فلما شهدوا قال هم عدول لا يصح
هذا التعديل لان العدالة في المزكي شرط عند الكل ولم يوجد • وعن محمد ان القاضي يسال
عن المدعى عليه اشهدوا عليك بحق او بغير حق فان قال بحق فهو اقرار وان كان بغير حق لا يقضي
قوله والمراد منه اي من رسول القاضي الذي يسال عن الشهود المزكي وهو المرسل اليه فكان
قوله الذي يسال عن الشهود صفة الرسول وتفسيره والذي يسال عنه عن الشهود وهو المزكي
وعلى هذا الخلاف الى اخره يعني يكفي الواحد للتزكية والرسالة والترجمة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من الاثنين وبه قال الشافعي واحمد **قوله** ويشترط
الذكورة في المزكي في الحدود باجماع الائمة الاربعة ويشترط ايضا عند الائمة الثلاثة فيما لا يثبت
بشهادة النسا وعلى هذا الخلاف الجرح فعندهما يثبت بواحد وبه قال مالك وعند محمد لا بد من

اثنان

اثنان وبه قال الشافعي واحمد **قوله** امر حكمي اي تعبدي لا تدركه العقول وفي المبسوط
اشتراط العدد في الشاهد ثبت بالنص بخلاف القياس ففيما سوى ذلك يكفي شهادة الواحد العدل
لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغ
حد التواتر الا ان اشتراط العدد ثبت بالنص بخلاف القياس فلا يتعداها اي فلا يتعدى اشتراط
العدد من الشهادة الى التزكية **قوله** قالوا اي المشايخ يشترط في شهادة الزنا عند محمد الاربعة
من الذكور في المزكين ذكره في الذخيرة

فصل

في هذا الفصل بيان احكام يتعلق
باداء الشهادة بان الشاهد كيف يشهد عند القاضي **قوله** ما ثبت بنفسه اي لا يحتاج
الى الاشهاد فيجوز للشاهد ان يشهد بلا اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة **قوله** فاذا
سمع ذلك اي ما ثبت بنفسه من الافعال او راه اي من الافعال **قوله** وهو الركن اي علم ما
هو الموجب بنفسه هو الركن في جواز الاداء جعل العلم ركنا مع انه شرط فيه قال تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون جعل كونهم عالمين حالا للشهود والاحوال شروط وكذلك في الحديث اذا
علمت مثل الشمس وانما جعله هكذا لزيادة تاثيره في صحة اداء الشهادة **قوله** ويقول اشهد
اباع وفي الذخيرة هذا في البيع الصريح اما في البيع على سبيل التعاطي يشهدون على الاخذ
والاعطا لان التعاطي بيع حكمي **وقيل** لو شهدوا على البيع يجوز ولو فسروه للقاضي بان
يقول اشهد بالسماع من ورا الحجاب • النغمة الكلام الخفي من حد ضرب يقال فلان حسن
النغمة اذا كان حسن الصوت في القراءة • وكان ابن مقاتل لا يجوز الشهادة بالسماع من وراء
الحجاب مطلقا • وقال ابو الليث اذا راى شخصها حال اقرارها يجوز والا لا يشترط رؤية شخصها
لا رؤية وجهها كذا في الذخيرة **قوله** ولم يوجد اي الابانة والتحمل فلا يصح لان شاهد
الفرع لا علم له بالحق ولكن ينقل شهادة غيره عند محمد بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول
دون الفروع وجب الضمان على الاصول ولو رجعوا جميعا يخير وعند ابي حنيفة وان لم يكن له
بطريق التوكيل حتى لو اشهد واحدا على شهادته ثم منعه عن الاداء لا يصح منعه وكان للشاهد الفرع
ان يشهد على شهادته ولو رجع الاصول لا يجب الضمان عليهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف
لان شهادة الاصول انما تصير حجة بالنقل الى مجلس القاضي فلا يجوز لغيره ان يجعل كلامه حجة
الا بامره **قوله** لم يسع للسامع ان يشهد على شهادته لعدم امره بخلاف ما لو سمع قاضيا
يشهد قوما على قضائه كان للسامع ان يشهد على قضائه بغير امره لان قضا القاضي حجة ملزمة
ومن عاين حجة حل له الاشهاد بها كما لو عاين الاقرار او البيع اما الشهادة في غير مجلس القضا
غير ملزمة كذا قاله قاضي خان وفي هذا التعليل اشارة الى انه اذا سمع في مجلس القاضي
ينبغي ان يجوز ويجي هذا البحث في باب الشهادة على الشهادة مع اختلافاته **قوله** وقيل هذا
اشارة الى اول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد بالاتفاق وفي ادب القاضي من المبسوط
ههنا ثلاثة فصول احدها القاضي اذا وجد في ديوانه صحيفة فيها شهادة ولم يتذكر انهم
شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول ابي حنيفة لا يحكم بدون التذكر وبه قال الشافعي واحمد في
رواية وعند ابي يوسف ومحمد اذا وجد ذلك في قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال
مالك واحمد في رواية اذ القاضي لكثرة اشغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل
المقصود بالكتابة اذا جاز له الاعتماد على الكتاب عند النسيان اذ ليس في وسع الادمي التحرز
عن النسيان فما كان في قمطره تحت خاتمه فالظاهر انه حق والقاضي مامور باتباع الظاهر ومذهب

راك

ابي حنيفة هو العزيمه لان الكتابه للتذكر اذا الكتاب للقلب كالمراة للعين وانما يعتبر المراة لاد
العين فاذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا لان الكتاب يزور ويفتعل والخط يشبه الخط
والخاتم يشبه الختم فلم يحصل العلم مع احتمال التزوير والثاني الشاهد يجد شهادته في صك
وعلم انه خطه وهو معروف ولم يتذكر الحادثه والثالث اذا سمع حديثا فوجده مكتوبا
بخطه ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره لا يحل له الروايه عند ابي حنيفه بدون التذكر ولهذا قلت
روايته فمحمد اخذ في الفصول الثلاثه بالرخصه تيسيرا وقال يعتمد خطه اذا كان معروفا
وابو يوسف في مسالة القضا والروايه اخذ بالرخصه لان المكتوب كان في يده وفي مسله
الشهادة اخذ بالعزيمه لان الصك في الشهاده في يد الخصم فلا يامن الشاهد التغيير فلا يعتمد
خطه ولو وجد القاضي في خريطته سجلا ولم يتذكر الحادثه فهو على الخلاف الذي بيناه ولو
نسي قضاه ولم يكن سجلا فشهدا على حكمه لم يمضه عند ابي حنيفه وابي يوسف والشافعي
وعند محمد واحمد وابن ابي ليلى يقضي به ويمضيه وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي
الاصل الروايه فعند ابي حنيفه وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به وعلى هذه المسائل
التي اختلف فيها ابو يوسف ومحمد في الروايه في الجامع الصغير وهي ثلاث سمعها
محمد عن ابي يوسف ثم نسي ابو يوسف الروايه وكان لا يعتمد على رواية محمد ومحمد لا يدع
الروايه **قوله** او قضية اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته والقمطر الخريطه وانما خص
دليلها بقوله لانه ما الى اخره لانه ذكرا ولا دليل ابي حنيفه بقوله لان الخط يشبه الخط و**قوله**
على اشاره الى المذكور قبله وهو القولان المذكوران ويد بقوله قيل هذا قول ابي حنيفه وقيل
بالاتفاق **قوله** لان الشهاده مشتقه من المشاهدة فالمعنى من الاشتقاق انتظام الصيغتين
معنى واحد بعد اشتراكهما في الحروف الاصول وهو موجود ههنا • ثم في الشهادة بالاستفاضه
في النكاح والنسب والموت وولاية القضا اختلاف فعندنا يجوز وبه قال احمد والشافعي في قول
ملك في رواية ان كان في غاية الشهرة • وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز في النكاح وبه قال ملك
في روايه **قوله** وصار كالبيع يعني اذا سمع من ثقه ان فلانا باع ولم يشاهد بيعه لا يسع للسامع
الشهاده فكذا ههنا لان الشهاده لا يجوز الا بعلم قال تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون والعلم
يستفيد بالمعاينه او بالخبر المتواتر فاما التسامع لا يفيد العلم فلا يجوز العمل به قال تعالى ولا
تقف ما ليس لك به علم وجه الاستحسان تعامل الناس في ذلك الا ترى انا نشهد ان عمر ابن الخطاب
وان عليا ابن ابي طالب ونشهد ان فاطمه زوجه علي وان عايشه بنت ابي بكر وان شريحا كان قاضيا
ونشهد انهم قد ماتوا ولم ندرك شيا من ذلك ثم هذه الاسباب يقترن بها ما يشتهر فان
النسب يشتهر بالتهنيه والموت بالتعزيه والنكاح بالشهود والوليمه والقضا بقراه المنشور
فنزلت الشهره فيها منزله العيان بخلاف الاموال وغيرها الا ترى ان سبب النسب الولاده
ولا يحضرها الا القابله وسبب القضا تقليد السلطان ولا يعاين ذلك الا الخواص فلو لم تجز
الشهادة عليها بالتسامع ادى الى الحرج لانه يتعلق بها احكام يبقى على مر الدهور فلو لم يجز الشها
بالتسامع لادى الى الحرج او تعطيل تلك الاحكام بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام يسمعه كل
احد وسبب الملك هو اليد وهو مما يعاينه كل احد ولهذا قلنا في الصحيح ان الشهاده على اصل
الوقف بالتسامع يجوز وعلى شرايطه لا يجوز لان اصل الوقف يشتهر دون شرايطه فلا بد للشاهد
من نوع علم كذا في المبسوط اما الشهاده بالدخول فقد ذكر الخصاف يجوز بالتسامع لان هذا

٣

امر يشتهر بخلاف الزنا لانه فاحشه لا يحتال في اثباتها وعند الايمة الثلاثه لا يقبل بالاستفاضه
لانه مما يعاين كما في الشهادة على الزنا وقد بينا الفرق واما الشهاده على المهر بالشهره والتسامع
فقد ذكر في نكاح المنتقى يجوز ذكره في الذخيره وعند الايمة الثلاثه لا يجوز لانه مما يعاين **قوله**
ويشترط ان يخبره رجلان الى اخره وبه قال بعض اصحاب الشافعي واحمد وقال الماوردي من اصحاب
الشافعي لا يثبت الاستفاضه الا بعدد يقع العلم بخبرهم وهو ظاهر كلام احمد وملك • وفي الموت
قيل يكفي باخبار واحد او واحدة عندنا وقالت الايمة الثلاثه لا يكفي بل يشترط عدلان حتى يحصل بخبرهما
نوع علم لانه اقل نصاب يفيد العلم الذي يبنى عليه الحكم في المعاملات **وقلنا** نعم كذلك الا
ان الموت قد يتفق في موضع لا يحضره الا واحد واذا وجد قوم فلا يحضرون غالبا كما ذكره في
المتن بخلاف الاشيا الثلاثه وهي النسب والنكاح وولاية القاضي لان الغالب فيها ان يكون
بين الجماعة غالبا وكذا الولادة عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفه لا يحل ما لم يسمع من العامه
حتى يقع في قلبه صدق خبرهم فيما يثبت بالشهره خبر العدلين ويشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهاده
ذكره الخصاف وشيخ الاسلام وبه اخذ الصدر الشهيد لان لفظ الشهادة يوجب زيادة علم
شرعا لا يوجبه لفظ الخبر وفي فصل الموت لما ثبت بخبر الواحد بالاجماع لا يشترط لفظ الشهادة
كذا في الذخيره **قوله** وينبغي ان يطلق اي يقول انه ابنه او اميرا و قاض • اما اذا فسره لم
يقبل شهادته لانه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون الشهاده عن علم ولا كذلك اذا
فسر ويقول سمعت هذا • وفي فصول الاشروشني لو شهدا على النكاح فسالهما هل كنتما حاضرين
فقالا لا يقبل شهادتهما لانه يحل لهم الشهاده بالتسامع وقيل لا يقبل لانهما قالا لم نعاين بين
انهما شهدا بالتسامع ولو شهدا وقالا نشهد لانا سمعنا لا يقبل فكذا هذا • وفي الفوايد الظهيرية
شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب
لا يقبل وقيل يقبل وكذا لو قالا دفناه وشهدنا جنازته يقبل • وقال صاحب العدة لو
قالا اخبرنا بذلك من نثق به يقبل وهو الاصح واختاره الخصاف • ولو شهد واحد بالموت
واخر بالحياة فامراته تاخذ بقول من يخبر بالموت لانه يثبت العارض ذكره رشيد الدين في
فتاواه • وذكر فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما
او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا يجوز الا بالمعاينه واذا عاين الموت واحد ويشهد
عند القاضي لا يقبل • فالحيله انه يخبر بذلك عدلا مثله فاذا سمع منه حل له الشهادة به **قوله**
في هذه الاشيا اي الاشيا الخمسة وعن ابي يوسف انه يجوز في الولا اي قال اخرا وبه قال بعض
اصحاب الشافعي واحمد وملك في صوره يجوز بالتسامع لانه عليه السلام قال الولا لحمه كلحمه
النسب وعلى النسب يجوز بالاجماع فكذا ههنا الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى علي وعكرمه
مولى ابن عباس ونافع مولى ابن عمر وان لم ندرك ذلك ولان الحكم المتعلق بالولا يبقى على مر الزمان
كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لبطلت الاحكام المتعلقه بالولا ولابي حنيفة ومحمد ان
الولا يتعلق بالعتق وهو قول يسمع كالبيع وليس كالولادة فلا حاجة الى التسامع ولا يقترن
بسبب الولا ما يشتهر لان الانسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره وكان دون البيع لان البيع لا ينعقد
ما لم يعلم به المشتري والعتق وان لم يعلم به العبد بخلاف ما تقدم لانه يعرف باسباب يشتهر
بها من الوجه الذي قررناه كذا في المبسوط • وفي ادب القاضي للشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت
في العتق ايضا لان الشهادة على الولا شهادة على العتق ايضا • وذكر شمس الايمة في شرح هذا

هذا الكتاب ان الشهادة على العتق بالتسامع لا يقبل بالاتفاق وعند الشافعي في قول واحمد وملك
يقبل في العتق احتا بمر الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولا عند ابي يوسف شرطا
لم يشترط محمد في المبسوط فقال انما يقبل اذا كان العتق مشهورا او للمعتق ابوان او ثلاثة في
الاسلام • وعن محمد انه يجوز في الوقف وبه قال احمد والاصطخري من اصحاب الشافعي لان اصله
اي اصل الوقف يشتهر اما شرايطه التي شرطها الواقف فلا تشتهر • قال المرغيناني لا بد من
بيان الجهة بان يشهد بان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او ما اشبهه حتى لو لم يذكر ذلك لا
تقبل شهادته وتاويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرايط الوقف ان لا يسعى للشاهد بعد ذكر
الجهة ان يشهد انه يبدا من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو قال ذلك في شهادته لا تقبل كذا
في الذخيره وفي المجتبى والمختار ان تقبل على شرايط الوقف ايضا **قوله** ومن كان في يده
شي الى اخره وفي جامع قاضيخان صورة المسئله رجل راى عينا في يد انسان ثم راها في يد اخر
والاول يدعي الملك وسعه ان يشهد انه للمدعي لان الملك في الاشيا لا يعرف بطريق اليقين
وانما يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازع دليل الملك ظاهرا بل لا دليل لمعرفة الملك
للشاهد سوى اليد بلا منازعة لانه اقصى ما في الباب ان عاين اسباب الملك من البيع والهبة
ونحوهما لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبايع وكذا الهبه وانما يعرف ذلك
باليد بلا منازعة كذا في جامع البرهاني ايضا **قوله** وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك
وفي الفوايد الظهيريه اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد فقال وعنهما ووجهه ان الاصل
في الشهادة الاحاطه واليقين لقوله عليه السلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وعند
العوز ذلك يصار الى ما يشهد به القلب ولهذا قيل اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس
او كتابا في يد جاهل ليس في ابايه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد بالملك وقال القاضي الامام
ابو علي النسفي مع رويه اليد والتصرف يسعه ان يقع في قلبه انه ملكه **قوله** ويحتمل ان يكون
هذا وهو قوله ان يقع في قلبه انه له تفسيرا لاطلاق قول محمد وهو قوله وسعه ان يشهد
وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي فيه ويحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ
قوله وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف اي التصرف مدة طويله وبه قال ملك
وابن حامد الحنبلي وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف لان اليد متنوع الى ملك ونيابة وضمان
وقلنا التصرف الى نيابه كالوكيل والمضارب والى اصاله فلا معنى لاعتبار هذه الزيادة اذ
الاحتمال لا يزول بها والاصل ان الاملاك تكون في يد الملاك والنيابه في يد غيرهم عارض
فرجحنا الاصل فسعي ان لا تفيد الشهادة بما استفاده من معاينة اليد حتى انه لو قال انه شهد
بنا على اليد لا يقبل كما في التسامع لان معاينة اليد في الاملاك مطلق الشهادة بالملك لا تو
والقاضي لم يرد القضا بالملك بالشهادة ونحن ما ضمنا ذلك الا ترى ان في يد رجل دارا يتصرف
فيها تصرف الملاك يجوز ان ياخذ بذلك الشفعه في المبيعه بجنبها والقاضي لا يقضي بالشفعه
عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفيع لان عيان اليد ليس سببا للوجوب لكنه سبب
للجواز وعند احمد والاصطخري من اصحاب الشافعي يجوز ان يشهد في الملك بالاستفاضة
لانه موجب للعلم الظاهر لما ذكرنا بل اولى من اليد والتصرف وعندنا والشافعي في الاصح وملك
لا يجوز لاحتمال انه اشتهر من رجل ويكون لغيره وهو كثير فلا يفيد علما **قوله** ثم ان
عاين المالك الى اخره في الكافي والذخيره ثم المسئله على اربعة اوجه ان عاين الملك والمالك

بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة
ثم راه في يد اخر فجا الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد للاول بالملك بنا على يده او عاين
الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه
ونسبه ثم جا الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا
لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع او لم يعاين الملك ولا المالك
بان سمع من الناس يقولون لفلان ابن فلان ضيعة في قريه كذا احد حدودها كذا وهو لم يعرف تلك
الضيعه ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وهي صوره من صور الاستفاضة
او عاين المالك دون الملك بان يعرف المالك باسمه ونسبه ووجهه ويسمع ان له ضيعة في
قريه كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك لانه لم يحصل له العلم
بالمحدود وهو شرط للشهادة وهذا صوره من صور الاستفاضه فهذه قسمه عقليه وهي
دليل الانحصار **فان قيل** يلزم على جواز الاستحسان الشهاده على الملك بالتسامع وذا
لا يجوز عندنا **قلنا** انما لا يجوز اذا كانت الشهاده في حق المال قصدا بالتسامع • اما
بالتسامع ههنا يثبت النسب وفي ضمنه يثبت الملك والاعتبار للمتضمن لا للمتضمن **قوله**
وان كانا كبيرين اراد به ان يعبران عن انفسهما سوا كانا ناطقين عاقلين او بالعين وبه صرح
الامام المحبوبي لان لهما يدا على انفسهما تدفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر
بالرق على نفسه لغيره يجوز اقراره ويصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه فلا يكون نفس اليد دليل
الملك اذا الحر قد يخدم الحر كانه عبده وامكن ازالة هذا الاحتمال بحكم الاقرار بالرق فلم
يسقط اعتبار الاحتمال فيهما بخلاف ما لو عرف انه رقيق اذ لا يد للرقيق على نفسه كذا في
جامع قاضيخان **فان قيل** لو كان الاعتبار لتعبيرهما عن نفسهما دون البلوغ لوجب ان
يعتبر دعواهما بعد ما كبرا في يد ذمي يدعي رقبتهما **قلنا** نعم الاعتبار للتعبير عن انفسهما
اذا كان في وقته وهو فيما اذا لم يثبت لاحد عليهما رقبة قبله وفي هذه الصوره ظهر الرق
عليهما باليد في حال صغرهما وسيجي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى وعن ابي حنيفة
انه يحل ان يشهد فيهما اي في الكبيرين وكذا عن ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلا
على الملك الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه كما في الثياب والدواب اذ لا يد لهما على انفسهما

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

لما ذكر تفصيل ما
يسمع من الشهادة بالنسبة الى محال الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته ومن لا تسمع ثم
الاصل في هذا الباب ان الشهادة ترد بالتهمه لقوله عليه السلام لا شهاده لمتهم ولان الخبر
محتمل للصدق والكذب ويترجح جانب الصدق بصير حجه ولا يترجح جانب الصدق بالتهمة ثم
التهمه تارة تكون لمعنى في الشاهد وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب محرم في دينه مع
اعتقاده حرمته لم ينزجر عن شهادة الزور وقد يكون لمعنى في الشاهد مع قيام العدالة
والولايه وهو العمى فاذا عدم له الة التمييز تمكن تهمة الغلط في الشهاده وتهمة الغلط وتهمة
الكذب سوا وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي وهو المحدود في القذف
بعد التوبه عندنا وقبل التوبه عند الشافعي فقد جعل تعالى عجزه عن الاتيان باربعة دليل
كذبه بقوله فاذ لم ياتوا بالشهدا فاولئك عند الله هم الكاذبون كذا في المبسوط **قوله**

وقال زفر هو رواية عن ابي حنيفة يقبل فيما يجري به التسامع وبه قال الشافعي والنخعي واحمد
ومالك والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري • وعن ابن عباس يقبل فيما طريقه السمع
ايضا وبه قال الزهري وربيعة والليث وشريح وعطا وابن ابي ليلى ومالك واحمد وهو
اختيار المزني • وكذا يقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل له فيها كالبصير اذ حصول
العلم بالسماع وهو كالبصير في السماع ويعرف القايل باسمه ونسبه **قوله** وقال ابو
يوسف والشافعي تجوز شهادته فيما في طريقه السمع وفيما لا يثبت بالتسامع اذا كان وقت
التحمل بصيرا ثم عمي عند الادا اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كما في الميت وبه قال مالك
واحمد ايضا وقلنا في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فيرد كشهادة الاب لولده
وهذا لانه يحتاج في ادا الشهادة الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه بالاشارة او الى
المشهود به فيما يجب احضاره ولا يميز الاعمى الا بالنغمة اي الصوت وفيه شبهة يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود فيرد بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود ثم لان المدعي وان
استكثر الشهود يحتاج الى اقامة النسبة والاسم مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او
غيبته وان النسبة لتعريف الغايب دون الحاضر على ان الاشارة لم تقع الى وكيل الغايب او
وصيه وهو في ذلك قائم مقامه وصار كالحدود والقصاص فان شهادة الاعمى لا تقبل فيها
باجماع الايمة • وفي الذخيرة لو تحمل وهو بصير ثم ادى وهو اعمى هل تقبل شهادته فاجمع علماونا
انه في المنقول لا تقبل لان الاشارة الى المنقول شرط ولا يقوم الوصف مقام الاشارة عندهم
جميعا اما اذا كان في الدين والعقار ففيه اختلفوا فقال ابو يوسف يقبل لان الاحتراز عن العمى
غير ممكن لصاحب الحق فقام الاسم والنسبة مقام الاشارة كما في الميت وقال ابو حنيفة ومحمد
لا يقبل لما ذكرنا ولما روي عن علي انه رد شهادة الاعمى ولم يفصل ولم يستفسر انه تحمل وهو بصير
او اعمى فدل ان الحكم لا يختلف ثم قال مشايخنا هذا كله فيما لا يجوز الشهادة عليه بالتسامع والشهرة
اما فيما تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع تقبل شهادته بلا خلاف • وفي المبسوط قال ابو يوسف
يحمل ان يكون ذلك عن علي في الحدود وفي قوله شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود اشارة الى
جواب سوال وهو ان يقال صلحت النغمة للتمييز بين شخص وشخص فيما هو اعظم خطرا من المال وهو
وطي زوجته وجاريته ولا يميز بينهما وبين غيرهما الا بالنغمة فلان يصلح في الاموال اولى فقال في هذا
ضرورة فان الاعمى يحتاج الى قضا الشهوة وبقا النسل كالبصير ولا يمكن الاحتراز عنه بغير النغمة وفيما
نحن فيه يمكن الاحتراز بجنس الشهود ولان في اصل الوطي هناك يجوز ان يعتمد خبر الواحد فانه اذا اخبر
ان هذه امراته وقد زفت اليه حل له وطيها • وكذا لو وجد امراة نايمة على فراشه لليلا فظن انها
امراته حل له وطيها كذا في المبسوط والاسرار **فان قيل** يشكل على قولنا الشهادة على
غايب لاجل كتاب القاضي الى القاضي حيث يقبل مع ان الاشارة لم توجد كما في الاعمى **قلنا** في الغايب
يعرف الشهود المدعا عليه ويقولون لو رايناه عرفناه فلا تكون شهادة على من لا يعلمون بوجوب الحق
عليه حتى لو قالوا لا نعرفه اليوم لا تقبل شهادتهم • واما الاعمى فيشهد على من لا يعلم بوجوب الحق عليه
على الحقيقة فلا يصح منه كذا في الذخيرة **قوله** لصيرورتها اي لصيرورة الشهادة حجة عنده اي
عند القضا لان المقصود من الشهادة القضا فما يمنع الادا يمنع القضا والعمى والخرس والجنون والفسق
يمنع الادا فيمنع القضا وعند ابي يوسف لا يمنع الادا فلا يمنع القضا كذا في الذخيرة وفي المبسوط لا تجوز
شهادة الاخرس لان الادا يختص بلفظ الشهادة باجماع الفقها حتى لو قال انا اخبر او اعلم او اتيقن لا

تقبل ولفظ الشهادة لا يتحقق من الاخرس وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد وقال الشافعي
في الاصح تقبل شهادته اذا كان له اشارة مفهومة لان اشارته حينيذ كترجمة لفظة الشهادة بلسان
اخر وقلنا في اشارته تهمة ويمكن التحرز عنها بجنس الشهود كما في الاعمى **قوله** ولا المملوك اي الرقيق
وبه قال الشافعي ومالك وعن علي انه قال اقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض ولا اقبلها على حر •
وعن انس انه يقبل على الاحرار والعبيد وبه قال عثمان البتي واسحق واحمد وداود • وعن الشعبي
والنخعي انهما قالا يقبل في القليل دون الكثير • وكذا لا يقبل شهادة الصبي عندنا وبه قال الشافعي
واحمد وعامة العلما • وعن مالك يقبل شهادة الصبيان في الجراح اذا كانوا قد اجتمعوا لامر
مباح قبل ان يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير وعن احمد ايضا رواية وعن مالك انه يقبل في كل
شي لاطلاق النصوص والعبد والصبي عدل وقلنا الشهادة من باب الولاية لانه قول ملزم على الغير
ابتدا وليس معنى الولاية الا هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ثم يتعدى الى غيره ولا ولاية لهما على
انفسهما فعلى غيرهما اولى الا ان يوديا في الحرية والبلوغ ما تحملا قبلهما لان التحمل بالمعاينة والسماع
ومما لا ينافيهما وعند الادا هما من اهل الولاية على نفسه والشهادة تقبل بعد البلوغ والحرية
وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك لا تقبل بعدهما كما لا تقبل قبلهما يوين قوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم والصبي لم يكن رجلا **قوله** وقال الشافعي تقبل اذا تاب وبه قال مالك
واحمد واختلفوا في توبته فقال الشافعي توبته اكذابه نفسه او قال قذفي كان باطلا وبه قال
ابن ابي هريرة من اصحاب الشافعي وهو رواية احمد وقال الاصطخري من اصحابه توبته ان يقول
كذبت فيما قلت ولا اعود الى مثله وهل يعتبر مع التوبة اصلاح العمل فيه قولان **قيل** يعتبر
قال تعالى الا الذين تابوا واصلحوا فان الله غفور رحيم **وقيل** لا يعتبر لان عمر قال لابي بكرة
تب اقبل شهادتك وجه قوله تعالى الا الذين تابوا والاستثنا مع تعقب كلمات عطف بعضها على بعض
ينصرف الى جميع ما تقدم ولان الموجب لرد شهادته فسقه ويرتفع بالتوبة فتقبل شهادته كالمحدود
في غير القذف اذا تاب وما روي من حديث عمر لابي بكرة **ولنا** قوله تعالى ولا تقبلوا لهم
شهادة ابدا فقد عطف على قوله فاجلدوا والعطف للاشتراك كما قال الشافعي في قوله عليه السلام
وتغريب عام انه من تمام حد البكر واصل الحد لا يرتفع بالتوبة بخلاف التغريب حيث لا يصلح من
تمام الحد لانه لا يصلح زاجرا لما فيه من الاغرا على الفاحشة كما بين في الاصول • اما رد الشهادة يصلح
زاجرا لانه مولم بدنه كالجلد وقد بين تمامه في الاصول ولان المقصود من الحد دفع العار عن
المقذوف وذلك في اهدار قوله اظهر لانه بالقذف اذى قلبه فجزاوه ان لا تقبل شهادته
لانه فعل لسانه ويولم قلبه وفاقا لجريمته فيكون من تمام الحد فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد بخلاف
المحدود في غير القذف لان الرد للفسق لا للحد وقد ارتفع الفسق بالتوبة واما الاستثنا ينصرف الى ما
يليه وهو قوله واوليك هم الفاسقون لانه للاستيناف وما قبله امر ونهي فوضا الى الايمة
وهذه جملة اسمية اخبار عن حالة قايمة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستانفة او هو استثنا منقطع
بمعنى لكن لان التايبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله غفور رحيم
يغفر ذنبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدا غير متعلق لما قبله وفي خبر الفاسق الثابت بالنص التوقف
قال تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا الرد دون التوقف فتبين انه ليس بسبب الفسق بل لتمام
الحد • وفي المبسوط والصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدق قاذفه بعد
الحد عليه تقبل شهادته • لكونه اي **قوله** ولانه اي ولان رد الشهادة من تمام الحد كما بينا

لكون الرد مانعا من القذف فيكون من تمام الحد كما ذكرنا فيبقى اى الرد بعد التوبه كاصله اي
كاصل الحد كما بينا فلا يقال قوله تعالى ولا تقبلوا وان كان خطابا للائمه فهو فى نفسه جملة تامة
وعطفها على الاولى لا يلزم الاشتراك كما تقرر فى الاصول لانا نقول هى فى نفسها وفى اثبات حكم الرد
تامه فاما فى كونه جزا على المعصية فلا يتم الا بعطفها على الجلد لان المعصيه ذكرت قبل الجلد ونظيره
ما لو قال ان دخلت الدار فعبدى حر وامراتى طالق فقوله وامراتى طالق وان كان تاما فى
نفسه لكن ناقصا فى حق التعليق بالشرط فكذا هذا **فان قيل** قال تعالى انما جزا الذين
يحاربون الله ورسوله الى قوله ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الاخره عذاب عظيم ثم قال
الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا فيرجع الاستثنا الى الجميع ومعلوم ان ما تقدم فى اول
الايه امر معنى • وقوله اولئك لهم خزى خبر عن حال قايمه ومع ذلك الاستثنا الى الجميع
حتى لو تابوا قبل القدرة عليهم سقط حد المحاربين عنهم **قلنا** اول الايه وان كان امرا
معنى لكن صورته صورة الخبر فاذا كان كذلك جاز رجوع الاستثنا الى الجميع فاما فيما نحن
فيه الصيغ مختلفه امر ونهى وخبر فلا يحسن العطف فيرجع الاستثنا الى ما يليه ولان فى
رجوع الاستثنا الى ما يليه وهو قوله ولهم فى الاخره عذاب عظيم لا يبقى فايده فى قوله من
قبل ان تقدروا عليهم اذ التوبه تزيل عذاب الاخره قبل القدره عليهم وبعدها **فان قيل**
رجوع الاستثنا الى الشهادة اولى لانه معلوم شرعا ان التوبه تزيل الفسق بغير هذه الايه
فلا يكون رده الى الفسق مفيدا ورده الى الشهاده مفيد فايده لانه يجوز رد الشهاده مع
وجود التوبه • اما سمة الفسق لا تبقى مع وجود التوبه فيكون الاستثنا فيه منقطعا
ومن الشهاده متصلا وهو اولى **قلنا** اراد بالتوبه المذكورة فى الاية التوبة من
القذف واكذاب نفسه لا يستحق سمة الفسق وقد كان جايزا ان يبقى سمة الفسق عليه
اذا تاب من ساير الذنوب ولم يكذب نفسه فاخبر الله تعالى بزوال سمة الفسق اذا اكذب
نفسه وتوبه مما ذكرنا ما روى انه عليه السلم قال المسلمون عدول بعضهم على بعض الا
محدودا فى قذف ولم يستثن فيه وجود التوبه • وما روى فى قصه هلال بن اميه حين قذف
امراته بشريك بن سحما فقال عليه السلم الجلد هلال وتبطل شهادته فى المسلمين فاخبر ان
وقوع الجلد يبطل شهادته من غير شرط التوبه فى قبولها • وما روي عبد الباقى باسناده عن
الزهرى عن عايشه انه عليه السلم قال لا تجوز فى الاسلام شهاده زور ولا خاين ولا خاينه
ولا مجلود حدا ولا ذى غمر لاخيه ولا الصانع لاهل البيت ولا ظنين ولا قرابه وهذا يقتضى
بطلان شهاده كل محدود فى القذف وغيره الا ان الدليل قام فى غير القذف على قبول
شهادة محدود فى غير قذف ولم يقم فى المحدود فى القذف فبقى على عمومه • وبقولنا قال
ابن المسيب وشريح والحسن وابرهيم النخعى وسعيد بن جبير وهكذا روى عن ابن عباس واما
حديث عمر لابى بكره فان رواه عمرو بن قيس قال سفيان بن عيينه ولين صح ففيه ان عمر قاله
لابى بكره وجاير ان يكون قاله قبل الجلد **فان قيل** قبل الجلد لا يكون مردود الشهاده
عندنا وعند مالك وعند الشافعى واحمد والليث مردود الشهاده اذا عجز عن اقامة الشهادة
قبل الجلد فكيف يصح هذا التاويل **قيل** معناه اقبل شهادتك مع سمة الفسق ولا ترده
فيكون هذا بيان ما كان مشروعا **قوله** خلافا للعبد اذا حد ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته
عندنا وقالت الايمه الثلاثه تقبل كما فى الكافر والفرق عندنا ان رد الشهاده من تمام الحد

فتوقف الرد على حد وثها فى العبد فاذا حدث يرد اتماما للحد اما للكافر شهادة على جنسه
عندنا وعند احمد على المسلم فى الوصيه لكن بالاسلام وعندنا الاسلام له حياة حادثه بعد
موته فترتب عليه حكم المسلمين ابتدا فتقبل شهادته **فان قيل** يشكل بمن زنى فى دار الحرب
ثم خرج الى دار الاسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا فتوقف حكم الموثر فى العبد ولم يتوقف
فى الزنا **قلنا** الزنا فى دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم ولاية الامام واقامة الحد
للامام فلو اقيم عليه الحد بعد خروجه كان اقامه من غير موجب للحد وتمامه برد شهادة
ولم يكن هو من اهل الشهادة فيتوقف على حدوثها بعد العتق او نقول للعبد قبل العتق
شهاده من وجه حتى تقبل شهادته بهلال رمضان وفى الديانات وقد صارت هذه الشهادة
مردوده فلا تقبل فى الجميع بعد العتق لانها من جنس تلك الشهاده وذكر فى المبسوط بعد ذكر هذا
الفرق على الروايه التى تقبل خبر المحدود فى القذف فى الديانات اما على الروايه التى لا تقبل
خبره فى الديانات وهى رواية المنتقى بان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند
اقامة الحد وهذه العداله لم تصر مجروحه بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجوده
من قبل وقد صارت عدالته مجروحه باقامة الحد فلا تقبل شهادته بحال وفيه نوع تامل ٥
فان قيل فعلى هذا ينبغى ان تقبل شهاده المحدود فى القذف اذا تاب كما قال الشافعى
لانه فاسق عند اقامة الحد والفاسق ليس من اهل الشهاده عنده بل يستفيد الاهليه بعد التوبه
كالكافر **قلنا** الفاسق من اهل الشهادة بدليل قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا
اذ عدم القبول فى صورة امكان الوجود ولين كان غير اهل بالفسق عندك فيكون قوله ولا
تقبلوا اقوى دليلا على ان المراد بعد التوبة لحصول الاهليه عندك بعد التوبه ثم فى قوله خلافا
للعبد اذا حد ثم اعتق لا فايده فى ذكر الحد اذ لو لم يحد ثم اعتق وحد لم تقبل شهادته ايضا
اما ذكره لبيان الفرق بينه وبين الكافر • اما الكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته
ولو حد بعض الحد فى حال كفره وبعضه فى حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين وقد مر تسقط
حد القذف وفى الكافى عند ابى حنيفة فى هذه فى هذه المسله ثلاث روايات احدها لم ترد
شهادته ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطه للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون
حدا بل يكون تعزيرا والتعزير لا يسقط الشهادة والثانيه اذا اقيم عليه الاكثر مقام الكل
والثالثه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته لان من ضرورة اقامة ذلك القدر من الحد
الحكم بكذبه **قوله** ولا شهاده الوالد لولده الى قوله واجداده وبقولنا قال الشافعى ومالك
واحمد فى ظاهر روايته وعن احمد فى روايه تقبل شهادة الولد لوالده لدخوله فى العموم ولا
تقبل شهادة الاب لولده لان ماله كماله قال عليه السلام انت ومالك لابيك فكانت شهادته
لنفسه • وعن احمد تقبل شهادة احدهما للاخر وهو قول ابى ثور والمزنى وداود وحكى فى القديم
عن الشافعى • وروى عن عمر قياسا على الشهاده عليه • اما تقبل شهاده احدهما على الاخر لانتفا
التهمة قال تعالى كونوا قوامين بالقسط شهدا لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين • وعن
احمد فى رواية شاذه لا تقبل عليه ايضا لانها لما لم تقبل له لم تقبل عليه كغير العدل ومذهبه
الاول وما ذكر فى النهايه ومالك خالفنا فيه فيجوز شهاده الوالد لولده وشهاده الولد لوالده
ما وجدته فى الكتب المشهورة لاصحاب مالك **ولنا** الحديث المذكور فى الكتاب • وروى ان الحسن
شهد لعلى مع قنبر عند شريح قال شريح ايت بشاهد اخر فقال على مكان الحسن او مكان قنبر

قال لا بل مكان الحسن قال على اما سمعت انه عليه السلم قال الحسن والحسين هما سيدا شباب
اهل الجنه قال نعم صدق رسول الله ولكن ايت بشاهد اخر قيل عزله عن القضا ثم اعاده
عليه وزاد فى رزقه ووقع عند على انهما مخصوصان عن الجمله بتلك الفضيلة فانتفى
التهمه عنها ووقع عنده شريح ان السبب المانع وهو الولاده قائم فى حقه ولا طريق لمعرفة
الصدق والكذب حقيقة فى حق من هو غير معصوم عن الكذب فبنى الحكم على السبب الظاهر
ولهذا رجع على الى قوله وقابل قوله ولا العبد لسيده فان شهادة العبد غير مقبول عند اكثر
اهل العلم سوا كان لسيده او لغيره ذكره على سبيل الاطراد وسائر مواضع التهمه ولهذا
قال ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره **قوله** لا شهاده للقانع باهل البيت
وفي المغرب قيل اراد بالقانع من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السايل
يطلب معاشه منهم وفى الذخيره شهادة الاجير المشترك مقبوله واجارة الاجير الوحد لا استحسانا
سوا كان مياومة او مشاهره او مسانهه ● وفى كتاب الديات يجوز شهادة الاجير لاستاذه المراد
الاجير المشترك وفى كتاب كفالة الاصل لا يجوز شهادة الاجير والمراد الاجير الخاص والقياس ان يقبل
لانه عدل شهد لغيره من كل وجه لانه ليس له فيه ملك ولا شبهة ملك ولا حق ولا شبهه اشتباه
بسبب اتصال المنافع ولهذا اجاز شهادة الاستاد له ووضع الزكوة فيه وجه الاستحسان ما اشار
اليه محمد بقوله والاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجه يترك به القياس ويخص به الاثر
اراد به شريحا ولنوع من المعنى وهو ان اجير الوحد مملوك لاستاده من وجه اعنى به منفعته ● الا
ترى ان الاجير لا يملك ان يواجر نفسه من غيره فى مدة الاجارة فصارت شهادته لاستاذه كشهادة
المملوك لمالكه بخلاف الاجير المشترك لانه غير مملوك وبخلاف الاستاد ايضا لانه غير مملوك لاجيره
فهذا هو الحرف المعتمد فى المسلة ● ولو كان اجير مشاهرة ولم يرد به القاضى شهادته ولم يظهر
عدالته حتى مضى الشهر ثم عدل قال ابطل شهادته كمن شهد لامراته ثم طلقها قبل ان تعدل ولو شهد
ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا قبل ان يقضى ابطل شهادته فان لم يبطلها حتى بطلت الاجارة ثم اعادها
جاز هكذا ذكر فى العيون كالمستاجر عليها اى على الشهاده لان شهادته عمل من اعماله وجميع اعماله
للمستاجر فى مدة الاجارة **قوله** وقال الشافعى يقبل وقال ابن ابى ليلى والثورى والنخعى
لا يقبل شهاده الزوجه لزوجها لان لها حقا فى ماله لوجوب نفقتها فيه ويقبل شهادة الزوج
لها لعدم التهمه **قوله** والايدى متحيزه اى مجتمعه بنفسها غير متصرفه فى ملك الغير غير
متعديه اليه ان الزوجيه قد يكون سببا للتنافر والعداوه وقد تكون سببا للميل والايثار فكانت
الزوجيه نظير الاخوه او دونها لان الزوجيه يحتمل القطع دون الاخوه بخلاف الوالد والولد
لان كل واحد منهما يتصرف فى مال صاحبه **قوله** ولنا ما روينا وهو قوله عليه السلام
ولا المراه لزوجها الى اخره ويقولنا قال مالك واحمد **قوله** ولان الانتفاع متصل عاده حتى
يعد منفعه صاحبه منفعته ويعد الزوج غنيا بمالها **قيل** تاويل قوله تعالى ووجدك عائلا
فاغنى اى بمال خديجة وهذا لان الاتحاد بين الزوجين اكثر مما يكون بين الوالد والولد فى العادة والشرع
فانهما بالزوجيه يصيران كشخص واحد فى اقامة اسباب المعيشه وقد قال عليه السلام امور داخل
البيت على فاطمه وامور خارج البيت على على فالتهمه بينهما اكثر مما بين الاباء والاولاد بل اظهر فان
الانسان قد يعادى والديه ليرضى زوجته ولهذا استحق احدهما الميراث من الاخر بغير حجب ● ولو وطئ
جارية امراته وقال ظننت انها تحل لى لا يحد كما فى جارية الاب والجد ولان الزوجيه بمنزله اصل

الولادة

الولاده لان الولاده تثبت من الزوجيه والحكم الثابت للفرع وان عدم ذلك المعنى فيه الا يرى
ان المحرم اذا كسر بيض صيد يلزمه قيمته وليس فيه معنى الصيد ولكن اصل الصيد الا ان هذا الاصل
انما يلحق بالولاده فى حكم يتصور قيام الزوجيه عند موته ● وفى القصاص لا يتصور قيام الزوجيه
بعد قتل احدهما صاحبه فكان هذا جوابا عن تعلق الشافعى بجريان القصاص بينهما كذا فى المبسوط
والاسرار وفى المحيط ولا يقبل شهادته لمعتدته من رجعى او باين لقيام النكاح فى بعض الاحكام ولو
شهد احدهما للاخر فى حادثة فردت فارتفعت الزوجيه فاعاد تلك الشهاده لا يقبل وبه قال مالك
واحمد والشافعى فى الاصح لان القاضى لما ردها صار مكذبا فى تلك الشهادة شرعا فكان مكذبا فلا
فلا يقبل ● اما العبد والكافر والصبى اذا ردت شهادتهم ثم اعتق واسلم وبلغ واعاد تلك الشهادة
يقبل وبه قال الشافعى واحمد وعن مالك واحمد فى روايه لا يقبل كما فى الفسق **وقلنا** رد شهادتهم
لعدم الاهليه لا للتهمه الكذب فاذا صاروا اهلا يقبل اليه اشار فى الذخيرة **قوله** ولا
شهاده المولى لعبده وكذا المدبره وام ولده ومكاتبه وبه قالت الايمة الثلاثه والمبسوط وكذا
لا يقبل شهاده ابى المولى وابنه وامراته لهولا وكذا شهادة المراة لزوجها المملوك لان وصلة
الزوجيه كوصله الولاد فى المنع من القبول خلافا للشافعى **قوله** لان الحال اى حال العبد
موقوفه بين ان يصير للغرما بسبب تعلقهم فى دينهم او يبقى للمولى كما كان بسبب قضايه دينه **قوله**
لما قلنا وهو قوله شهاده لنفسه من كل وجه او من وجه **قوله** من شريكه يقبل هذا فى
شركة العنان اما فى المفاوضه لا يقبل الا فى الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتاق لان ما
عداها مشترك بينهما **قوله** ويقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه ولا خلاف فيه الا ان مالكا شرط
ان لا يكون فى عياله قال بعض اصحابه يجوز بشرط ان لا يكون مبرزا له **وقيل** بشرط ان لم تنله
صلته وقال اشهب يجوز فى اليسير دون الكثير الا ان يكون مبرزا يجوز فى الكثير ● وقيل يقبل الا فيما
الا فيما تتضح فيه التهمه مثل ان يشهد له بما يكتسب به شرفا وجاها او يدفع به مضرة او يقتضى الطباع
فيه العصبية والحمية كشهادته بان فلانا قتله او جرحه كذا فى جواهرهم **قوله** ومراد المخنث من
الردى من الافعال انما ذكر هذا لان المخنث يقولون لمن يخنث فى كلامه فى المغرب تركيب الخنث على
لين وتكسر فقال المراد به الذى يباشر الردى من الافعال اى افعال النسا من التزين بزيهن والتشبيه
بهن فى الفعل والقول فالفعل مثل كونه محلا للواطه والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها
بالنسا اليه اشار العلامه مولانا حميد الدين رحمه الله وفى الذخيره التخنث معصية قال عليه السلم
لعن الله المونثين من الرجال والمذكرات من النسا ● فاما الذى لم يشتهر بشى من الافعال الرديه ولكن
فى كلامه لين خلقة فهو عدل مقبول الشهادة الا يرى ان هيتا المخنث كان يدخل بيوت ازواج النبى
عليه السلم حتى سمع منه النبى عليه السلم كلمه شنيعه امر باخراجه **قوله** الصوت الاحمقين وصف
الصوت بصفة صاحبه **اعلم** ان التغنى للهو او لجمع المال حرام بلا خلاف والتغنى لدفع
حزن نفسه مباح بلا خلاف والنوح كذلك خصوصا اذا كان من المراة لان رفع الصوت منها
حرام بلا خلاف وفى الذخيره ولم يرد بالنائحة التى تنوح فى مصيبتها وانما اراد التى تنوح فى
مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبه فلهذا لم يقيده بقوله للناس قال عليه السلم لعن الله النائحات
ولانها ارتكبت معصيه وهى الغنا والنوح لطمعه فى المال فلا يومن ان يرتكب شهادة الزور
لاجل المال فذلك ايسر عليه من الغنا والنوح فى مدة طويلة **قوله** ولا مدمن الشرب على
اللهو فى الصحاح يقال رجل مدمن خمر اى مداوم شربها ثم اطلق الشرب على اللهو ليتناول

جميع الاشربه المحرمة كالخمر والسكر وغيرهما فشرط الادمان في الخمر ليظهر ذلك عند الناس حتى
لو شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك لا يخرج من العداله وان كان شرب الخمر كثيرا وانما يسقط عدالته
اذا كان يظهر ذلك ويخرج السكران فيلعب به الصبيان كذا في فتاوى قاضي خان وفي الذخيره اذا
شرط الادمان في الشرب واراد به الادمان في النيه يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد
ذلك اذا وجد ولا يجوز شهاده مدمن السكر اي في الاشربه المسكره غير الخمر فشرط الادمان على
السكر لان المحرم في ساير الاشربه السكر عندنا • وكذا من يجلس مجالس الشرب والفجور لا تقبل
شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة
الزور وعند الشافعي بمجرد شرب النبيذ لا يرد شهادته • قال بعض اصحابه ان كان يعتقد حرمته
يرد بمجرد الشرب دون السكر • قال ملك يرد بمجرد شربه ويحد • والمزني يختار ان لا يحد كما ترد شهادته بمجرد الشرب **قوله** ومن يلعب بالطيور ولا خلاف فيه لاهل العلم وفي قوله يلعب
اشارة الى انه لو اتخذ الحمام في بيته يستانس بها او يحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون
حراما ولا يسقط عدالته ذكره في المبسوط وفي المغني لابن قدامه الحنبلي وفي المبسوط اتخاذ الحمام
في البيوت للاستيناس مباح • وكذا اتخاذ برج الحمام وفي الذخيرة وما قال شيخ الاسلام هذا
اذا كان لا يطيرهن • اما لو كان يطير حماماته حمامات غيره فيفرخ بهن فهو يبيع ذلك ويأكل لا يعرف حمامه
من حمامة غيره يصير مرتكبا محرما واكلا حراما على هذا التعدير لا يقبل شهادته وان لم يقف على
عورات النسا بصعوده سطحه **قوله** وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور اي نسخ المختصر
وهو المغني وفي المغني لابن قدامه الملاهي نوعان محرم وهو الالات المطربه من غير غنا كالمزمار سوا
كان من عود او قصب كالشبابه او غيره كالطنبور والعود والمعزفه لما روى ابو امامه انه عليه
السلام قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير ولانه مطرب مصد
عن ذكر الله تعالى • والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث
سرور ويكره غيره لما روى عن عمر انه لما سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة واسكت
وان كان في غيره عمد بالدرة فهو مكروه على كل حال للتشبيه بالنسا **قوله** ولا من يغني للناس
ولا يقال ان فيه تكرار لان من يغني للناس يكون من الرجال والنسا والمغنيه من النسا خاصه • وقيل
والاصح من الجواب انه انما ذكر النايحه والمغنيه هناك مع ان النوح والغنا مشترك بين الرجال
والنسا لورود الحديث بذلك اللفظ ويفهم منه حكم الرجال تبعا فاعاد حكم الرجال جريا على
الاصل اذ الاصل ان حكم النسا يستفاد من حكم الرجال اذ لو اقتصر على الاول لتوهم ان ذلك
حكم مخصوص بالنسا • وقيد بقوله للناس لان التغني للناس مكروه باتفاق المشايخ والتغني لاسماع
الغير مكروه عند عامه المشايخ ومن الناس من اباح ذلك في العرس والوليمة كما ابيح ضرب الدف
فيها وان كان فيه نوع لهو • ومنهم من قال اذا تغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان
لا باس به • واما التغني لنفسه فقيل لا يكره وبه السرخسي لما روى عن انس انه دخل على اخيه البرا
ابن مالك وهو من زهاد الصحابه وكان يغني **وقيل** جميع ذلك مكروه وبه اخذ شيخ الاسلام
خواهرزاده وحمل حديث البرا على انه كان ينشد الاشعار المباحه التي فيها ذكر الوعظ والحكمة
وانشاد الشعر لا باس به وان كان فيه صفه المراة فان كانت حيه يكره وان كانت ميته لا يكره
كذا في الذخيره وفي المغني اذا تغنى الرجل الصالح بشعر فيه مجون لا تبطل عدالته • اما القراة بالالحان
اباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تغير الحروف عن نظمها مباح وان كانت تغير

الحروف غير مباح ذكره في الحليه بلا خلاف • وفي التنبيه ولا تقبل شهاده القوال والرقاص
والمشعوذ **قوله** على ارتكاب الكبيره وهو اللهو واللعب ويصر على نوع فسق فلا يمتنع عادة
عن المحارم والكذب **قوله** بابا من الكباير ولا خلاف واختلفوا في تفسير الكبيره قيل هي التسع
التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله • والفرار من
الزحف • وعقوق الوالدين • وقتل النفس بغير حق • ونهب المومن • والزنا • وشرب الخمر • وهو قول
اهل الحجاز واهل الحديث • وزاد بعضهم على هذه التسع اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق
وقيل ما ثبتت حرمته بنص القران **وقيل** ما فيه حد او قتل **وقيل** ما كان حراما
بعينه **وقيل** واصح ما قيل فيه ما نقل عن الحلواني ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك
حرمة الله تعالى والدين فهو كبيره • وكذا الاعانه على المعاصي والفجور والحث عليها من جمله
الكباير كذا في الذخيرة والمحيط **قوله** لان كشف العوره حرام قال عليه السلام لعن الله الناظر
والمنظور اليه وقبول الشهادة كرامه فلا يستحقها من يستحق اللعن ولا خلاف فيه للفقها وقد مر
بيان العورة في الصلاه وعن الكرخي من مشى في طريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته
قوله لان للاجتهاد فان الشافعي ومالك قالا باباحته مع الكراهه اذا لم يكن بالشرايط
الثلاثه المذكورة وابو زيد الحكيم يختار قولهما ذكره في الذخيره وعندنا واحمد حرام لقوله
عليه السلام من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله رواه ابو داود وقيل هو الشطرنج
ومر علي عليه السلام على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون اما
النرد فحرام بالاجماع قال عليه السلام من لعب بالنرد ملعون ذكره في الذخيره وسيجي في الكراهية
ان شا الله تعالى واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالاجماع اذا كان مدمنا عليه او يقامر
او يفوته الصلاة او اكثر عليه الحلف بالكذب والباطل وفي التنبيه من لعب بالشطرنج في
الطريق لا يقبل شهادته **قوله** وشرط اي محمد في الاصل اي المبسوط وكذلك ربوا
اي في معنى الربوا والربا حرام بالنص فعلم ان عدالته لا تسقط بمجرد اكل الربوا اذا لم يكن
مشهورا ومصرا عليه • وعن هذا وقع الفرق بين الربوا واكل مال اليتيم فان الادمان في غير
شرط • واختلف المشايخ في علته قيل انما شرط ذلك لان الانسان عسى ان يبتلى بذلك لانه
لا يمكنه التحرز عن البياعات الفاسده فقد لا يهتدي الى ذلك فلو ردت شهاده من ابتلي به
لا ينبغي في الدنيا مقبول الشهادة فلذلك شرط ان يكون مشهورا به • وقيل انما شرط ذلك لان
لان الربوا ليس بحرام محض لان عقد الربا يفيد الملك في الزياده عندنا بعد القبض والملك
مبيح للاكل في غير الخمر وان كانت حرمه السبب تمنع الاكل فلم يكن حراما محضا فكان ناقصا
في كونه كبيره فشرط الادمان **قوله** المستحقره وفي بعض النسخ المستقبحه وفي بعضها المستخفه
من الاستحقار والاستقباح والاستخفاف وصحح في المغرب هذه الاخيره دون غيرها وقال سخيفه
نسبه الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعليه ما في المختصر
لا تقبل شهادة من يفعل الافعال المستخفه ثم قال وهكذا كان يخط شيخنا وتصحيحه والمستخفه بفتح الخا
وكسرها او ياكل على الطريق يعني بمراى الناس لانه تارك للمروه وفي فتاوى قاضي خان لا تقبل شهاده من
ياكل في السوق بين ايدي الناس لان ذلك لا يفعل من كان له مروه وكل فعل فيه ترك المروه يوجب
سقوط شهادته بلا خلاف بين الايمه الاربعه حتى لو مشى في السوق او في مجامع الناس بسراويل واحد
لا تقبل شهادته وكذا من مد رجليه عند الناس او يكشف راسه في موضع لا عاده فيه وما اشبه ذلك

مما تجتنبه اهل المروّات بلا خلاف لقوله عليه السلم ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا
لم تستحي فاصنع ما شئت ولانه اذا لم يكن له مروة لا يانف من الكذب وفي اصحاب الصنايع الدنية
كالكساح والزبال والكناس والحجام والحايك فيه وجهان قال بعض العلما لا تقبل شهادة اهل الصناعات
وبه قال الشافعي واحمد في وجه لكثرة خلفهم في الوعد ودناة صنعتهم في الدنيه وقال
عامة العلما تجوز اذا كانوا عدولا وبه قال الشافعي في وجه واحمد ومالك وهو الاصح لانه قد تولا
كثير من الصالحين واهل المروة • وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرا
فاما من كان عدلا منهم تقبل شهادته • بايع الاكفان لا يقبل قال شمس الايمة هذا اذا ترصد لذلك
العمل فاما اذا كان يبيع ويشتري الثياب ويشتري منه الاكفان تقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون
في الذخيره قيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى فلان بن فلان وقبض المبيع والبايع
الثمن وضمن الدرك ولم يكن شي من ذلك فيكون كذبا محضا ولا فرق بين الكذب والكتابة والصحيح
انه يقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح • ولا تقبل شهادة القروي والاعرابي البدوي عند بعض
العلما وعند ملك لا تقبل شهادة البدوي على القروي في غير الدما ذكره في الجواهر وقال عامة العلما
تقبل اذا كان عدلا عالما بكيفية الشهاده تحملا واداء **وقيل** حقيقة المروة ان لا ياتي الانسان
ما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند اهل الفضل **وقيل** المراد بها السمت الحسن وحفظ
اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق ردي ذكره في الجواهر المالكيه وفي
مناقب ابي حنيفه لا تقبل شهادة البخيل وقال ملك ان افرط في البخل لا تقبل لان الافراط فيه يودي
الى منع الحقوق واخذ ما ليس بحق • ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف
قال نصير بن يحيى من شتم اهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل شهادته وان كان احيانا تقبل
وفي المحيط لا تقبل شهادة الشتام للناس والحيوان وفي جامع شمس الايمه ولا تقبل شهادة من يجازف
في كلامه ولا خلاف فيه وحكى ان الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف فرد شهادته
فشكاه الى الخليفه فقال الخليفه انه وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني
سمعته يوما قال للخليفه انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك
ايضا لانه اذا لم يبال في مجلسك بالكذب فلا يبالي في مجلسي ايضا فعذره الخليفة **قوله**
ولا من يظهر سب السلف والمراد من السلف الصحابة والتابعون وابو حنيفه واصحابه • والسلف
جمع سالف وهو الماضي وفي الشرع اسم لكل من تقلد مذهبه وتعفى اثره في الدين كابي حنيفة
واصحابه فانهم سلفنا والصحابه والتابعون سلف لابي حنيفه واصحابه وفي الذخيرة قال ابو يوسف
لا اجيز شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه لو شتم واحدا من الناس لا يجوز
شهادته فهو اولى وفي المحيط لا تقبل شهادة من عرف بالمجانة **قيل** المجانة شتم اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقيل قصور عقله ودينه ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب ولا خلاف فيه
قوله وتقبل شهادة اهل الاهوا الهوى ميلان النفس الى ما تستلذ به من غير داعية الشرع
وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة والجماعه وفي الذخيره تقبل شهادته اذا كان
هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه وهو الصحيح واستدل محمد في
الكتاب لبيان ذلك فقال ارايت ان اصحاب رسول الله ساعد ومعوية على مخالفة علي لو
شهد وابن هدى على اكان يرد شهادتهم ولا شك ان مخالفة علي بعد عثمان بدعة وهوى فكيف الجزو
عليه بالمسابقة لكن لما كان عن تاويل وتدين لم يمنع قبول الشهادة واصول اهل الاهوا ستة الجبر

والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل وكل واحد يصير اثني عشر فرقة فيبلغ الى
اثنين وسبعين الا الخطابيه • وفي شرح الاقطع هم قوم منسوبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفه
قتله عيسى ابن موسى وكان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وكانوا يعتقدون
ان من ادعى منهم شيا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته • وفي المغرب طايفة من الرافضة نسبوا
الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجدع روي طرده جعفر الصادق لما ادعى في نفسه انه اله
وزعم اتباعه ان جعفرا اله • واما روايه الاخبار من اهل الاهوا اختلف فيه مشايخنا والاصح
عندي لا تقبل كذا في المبسوط **قوله** وقال الشافعي لا يقبل في الحليه قال الشافعي لا يرد
شهادة احد من اهل الاهوا الا الخطابيه فانهم يشهد بعضهم لبعض بتصديقه • وقال ابو حا
من اصحابنا من اهل الاهوا من يفسق كالخوارج والروافض فلا تقبل شهادتهم وبعضهم يكفر
كمن يقول بخلق القران ونفي الرويه واضافة المشيه الى نفسه فلا تقبل وهذا خلاف ظاهر كلام
الشافعي وقال ملك لا تقبل شهادة احد من اهل الاهوا لانه اغلظ وجوه الفسق وقال احمد
لا تقبل شهادة ثلاثة منهم القدريه والجهميه والرافضه • وقال ابو اسحق من تقدم عليا على ابي بكر
في الامامة فسق وما نقل في الكتاب قول ملك على الطلاقة وقول ابي حامد من اصحاب الشافعي
قوله وثما اوقعه في ذلك اي في الاهوا الا تدينه اي تعمقه في الدين الا ترى ان منهم
من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب فكان كمن شرب المثلث او متروك
التسميه عامدا مستبيحا لذلك اي معتقدا اباحته فانه لا ترد شهادته كذا هذا كذا في
المبسوط **قوله** بعضهم على بعض احترز به عما ياتي بعد بان شهادة الحربي لا تقبل وبقوله وان
اختلفت مللهم احترز عن قول ابن ابي ليلى وابي عبيد ان في اختلاف الملة لا تقبل كشهادة اليهود
على النصارى وبالعكس لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة لاهل ملة اخرى الا المسلمين
فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلهم وقال الشافعي ومالك لا تقبل وقال احمد لا تقبل شهادة
كافر بحال • اما شهادة اهل الكتاب في السفر في الوصية اذا لم يكن غيرهم يقبل ويستحلف مع
شهادته بعد العصر لقوله تعالى اذا حضر احدكم الموت الى قوله او اخران من غيركم والاية نزلت
في تميم الداري وعدي وكانا نصرانيين شهدا بوصيه مولى عمرو بن العاص روى هذه القصه ابو
داود وغيره وعن احمد مثل قولنا واحتج الشافعي بقوله تعالى افمن كان مومنا كمن كان فاسقا ارا
به الكافر اذ الفسق خروج تعال فسقت الرطبة اذا خرجت من قشرها وسمي المسلم به لخروجه عن
عن حد الدين تعاطيا والكافر خرج عن حد الدين اعتقادا فوجب التوقف في خبره بالنص ولانه تعالى
قال واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهدا والكافر ليس بعدل ولا مرضي ولا هو
منا وقال تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم ليس بعدل ولا مرضي ووقع في بعض نسخ الهداية
والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة بتصحيح شيخي قال الكافرين هم الفاسقون ليس في
في القران والكافرون هم الظالمون **قوله** فصار كالمرتد لا تقبل شهادة المرتد على جنسه وخلاف
جنسه ولانا واذا لم يكن من اهل الشهاده على المسلم لا يكون من اهل الشهاده على احد كالعبد
بل اولى لان الرق من اثر الكفر فاذا كان مخرجا عن اهليه الشهاده فاصل الكفر اولى ولانا لو قبلنا
شهادتهم لاوجبنا الحكم على القاضي بشهادتهم وقولهم لا يلزم على المسلم شي **ولنا** ما روى ابن ماجه
انه عليه السلم اجاز شهادة بعض اهل الذمة على بعضهم • وما روى ابو داود من قصه مولى عمرو
ابن العاص في سبب نزول الايه فاذا اجاز شهادتهم على وصية مسلم فمن الضرورة ان تجوز على وصية كافر

وما ثبت بضرورة النص ودلالته كالمنصوص ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكمه ولايتهم على
المسلمين بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقي حكم الشهادة فيما بينهم على ما
ثبت بدلالة النص وضرورته وليس من ضرورة انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم
على بعض كالولاية الا ترى روي انه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة اربعة منهم **قوله**
والكذب محظور الاديان **فان قيل** لا نسلم هذا فانه تعالى اخبر انهم يكتمون الآيات
عنادا مع علمهم بانها حق وكان ذلك كذبا منهم قال تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم
الآية **قلنا** ذلك في الاحبار الذين كانوا على عهد النبي عليه السلام حيث تواطؤوا على
كتمان نعت النبي عليه السلام ونبوته فلا شهادة لاولئك عندنا • فاما من سواهم فيعتقد
الكفر لان عندهم ان الحق ما هم عليه قال تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني
وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق فتبين ان فسقهم فسق اعتقاد وفسق الاعتقاد لا
يمكن تهمة الكذب في الشهادة كما في اهل الاهواء كذا قيل واما الآية فان الرضى ثبت في حق
الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لانه تعالى وصفهم بذلك قال ومن اهل الكتاب من
ان تامنه بقنطار يؤده اليك وهذه الآية خرجت مخرج الوصف له بالامانة وفعل الامانة
مرضي الله تعالى وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في
الشهادة لان الشهادة من اداء الامانات • واما العبد فانه لا شهادة له لعدم اهلية الولاية
له اما الكافر من اهل الولاية في جنسه فيكون من اهل الشهادة قال تعالى والذين كفروا بعضهم
اولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة بدليل صحة انكحتهم فيما بينهم ولا نكاح الا بولي
في حق الاكثرين والمسلم اذا خطب الى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح واما قوله
لاوجبنا على القاضي القضاء بقول الكافر فقلنا ليس كذلك لان القضاء وجب عليه بتمكنه عند قيام الحجة
وباعتبار انه التزم اداء امانة القضاء لا ان يكون الوجوب بقوله كما لو لزم على القاضي النظر
للغائب والصغير لا بايجاب من قبلهما بل باعتبار اداء امانة تحملها اليه اشار في الاسرار والمبسوط
والايضاح **قوله** لانه اي لان الذمي لا ولاية اي للذمي وفي النهاية الضمير في لانه للشان
اي لان الشان ان لا ولاية للذمي على المسلم بالاضافة اليه اي بالنسبة الى المسلم هذا احتراز عن
الاضافة الى الكافر فان له ولاية على ذمي آخر او حربي على ما ذكرنا ولانه اي ولان الذمي يتقول
عليه اي يفتري على المسلم لانه اي لان المسلم وفي النهاية الضمير للشان اي لان الشان هو ان
يسخط الذمي قهره اي قهر المسلم اياه اي الذمي **وقوله** وملل الكفر وان اختلفت الى آخره
جواب سؤال يرد على اصل المسألة وهو قوله وتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم
بان يقول المعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى وهم غير محقين في ذلك قال تعالى وقالت اليهود
ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على شيء فينبغي ان لا تقبل كما هو مذهب ابن
ابي ليلى فاجاب عنه بقوله وملل الكفر وان اختلفت الى آخره يعني وان اختلفت مللهم لم يكن بعضهم
مقهورا ببعض ليحملهم ذلك على التقول بل كلهم مقهورون تحت ايدي المسلمين ويعطون الجزية **قوله**
اراد به اي بالحربي المستأمن وانما قيد به لان الحربي لو دخل بغير استيمان يؤخذ قهرا ويسترق
ويصير عبدا ولا تقبل شهادة العبد على احد وهو اعلى اي الذمي اعلى من المستأمن لانه قبل
خلف الاسلام وهو الجزية فيكون اقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمي **وقوله** بخلاف
الذمي متصل بقوله وان كانا من دارين يعني تقبل شهادته على المستأمن وان كانا من اهل

دارين مختلفين لان الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم لما قلنا وتقبل شهادة المسلم على المستأمن فكذا
شهادته وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن من اهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات
والشهادة منها ومن اهل دار الحرب في الارث والمال **قوله** والرجل يجتنب الكبائر اي
كلها وقد مر تفسير الكبيرة قال الر بمعصية اي اذنب بمعصية صغيرة مشتق من اللمم وهو ما دون
الفاحشة من صغار الذنوب وفي الذخيرة والحاصل ان ارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة
وارتكاب الصغيرة لا يوجب سقوطها لان ارتكاب الكبيرة يدل على شهادة الزور لانها في الحرمة
كالكبيرة فيستدل بوجود الكبيرة على شهادة الزور اما ارتكاب الصغيرة لا يدل على شهادة
الزور لانها ليست بكبيرة فلا يوجب سقوطها الا ان يصر على الصغيرة لان الصغيرة تصير كبيرة بالاصرار
قال عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار ولان احدا من الناس لا يخلو عن
صغيرة ولهذا روي انه عليه السلام قال • ان تغفر اللهم فاغفر جما • واي عبد لك لا ألمّا • وقال
شمس الائمة الناس لا يخلون عن ارتكاب ما هو مشروع له وعن ارتكاب صغيرة فيعتبر في ذلك
الغالب يريد به في حق الصغائر فان كان غالب احواله الاتيان بما هو مأذون به شرعا وان لم
يخل عن الصغيرة كان جائز الشهادة بعد ان يجتنب الكبيرة واليه اشار قوله تعالى فمن ثقلت
موازينه فاولئك هم المفلحون ولا خلاف فيه للفقهاء وفي المحيط واحسن ما قيل في صفة العدل ما به
روي عن ابي يوسف ان الذي لا ياتي بالكبيرة ولا يصر على الصغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه
اكثر من خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروة ويقبل المروة
في الدين الاجتناب عن الكبائر وعن الاصرار على الصغائر ولو ترك الصلاة في الجماعة استخفافا او
مجانة ترد شهادته قيل لم يرد ما لاستخفاف الاستهزاء لان الاستهزاء كفر بل اراد التهاون والكسل
هذا اذا تركها بلا تاويل والتاويل ان يكون الامام طاعنا او يؤخر الاداء وهو يعتمده في اول الوقت
والذي يبتلى بالكذب احيانا ولا يكون مشهورا به تقبل شهادته **وقيل** الكذب من اعظم
الكبائر وقال الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ومن خرج للنظر عند
قدوم الامير لا تقبل شهادته • وعن شداد انه رد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في النفقة
في طريق مكة • قال الخصاف ركوب البحر للتجارة والتفرج مسقط للشهادة وكذا التجارة الى ارض
الكفار وقرى فارس واشباهه لانه خاطر بدينه ونفسه لينال مالا فلا يؤمن ان يكذب ويأخذ المال
وقرى فارس يطعمونه الربا وهم يعلمون • والفاسق قبلت شهادته بعد ستة اشهر وقيل بعد سنة
قال الفضلي روي عن ابي يوسف انه قال يزكيه بعد ستة اشهر ثم رجع وقال بعد سنة وعن محمد لا
يسعه ما لم يمتحنه في العقود وفي الامانة وقيل لا يكفيه ذلك ما لم يمتحنه في كل الامانات والصدقات
مرارا ولو عرف عدالته ثم انقطع عنه ان لم يتطاول الوقت وسعه ان يزكيه بتلك المعرفة والا فلا
ومدة التطاول قيل ستة اشهر وقيل سنة وقيل التزكية هو مخطئ وهذا على ما يقع في القلب فربما
يعرف احد في شهر والآخر لا يعرف في سنة وقيل من سمع الاذان وانتظر الاقامة سقطت عدالته
ومن اخذ سوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقتها شهودا فلو شهدوا واحل لهم اللعن لانه شهادة
على الباطل وكذا لو شهدوا على اقراره وكذا لو شهدوا في كل اقرار بنا على باطل **قوله**
وتقبل شهادة الاقلف الذي لم يختن وفي فتاوى الولوالجي قال ابن عباس لا تقبل شهادة الاقلف
ولا تقبل له صلاة ولا يؤكل ذبيحته وهو مذهبه لانه اي ترك الختان لا يخل بالعدالة اذا كان
ذلك بعذر والعذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك **ثم اختلف** العلماء في الختان فقال الشافعي

في ظاهر مذهبه واحد انه واجب لانه عليه السلام امر رجلا اسلم بالاختتان وكذا يجب
على النسا وعندنا ومالك سنه وبه قال الشافعي في قول لقوله عليه السلم الختان للرجال
سنة وللنسا مكرمه واختلفوا في مدته فلم يقدرا بو حنيفه فيها بشي لانه لم يرد في القران
ولا في الحديث ولم ينقل فيه اجماع وطريق معرفة المقادير السماع واختلف المتاخرون
قيل من سبع سنين الى عشر وقيل اليوم السابع من ولادته او بعد السابع ان احتمل الصبي
ذلك ولم يهلك لما روي ان الحسن والحسين ختنا اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ
كذا في الذخيرة وادب القاضي للصدر الشهيد • وعن بعض اصحاب الشافعي لا يختن حتى يصير ابن عشر
لانه حينئذ امر بالضرب على ترك الصلاة وقال اصحابه ختانه يجب عليه بعد بلوغه ويستحب في اليوم
السابع **قوله** والخصي اي تقبل شهادته في المغرب خصاه نزع خصيته بخصيه خصا على فعال
والمفعول خصي على فعيل والجمع خصيان **قوله** وقال مالك لا تقبل في الزنا اما تقبل في غير
الزنا لانه رجل او امراه يعني اذا ظهر علامه وفي الخزانة في الخنثى المشكل لا يشهد مع رجل وامراه
واحده اما لو شهد مع رجل وامراه تقبل **قوله** لان نفس العمل ليس بفسق انما الفسق هو الظلم فان
العامل اذا كان عدلا يستحق ثوابا عظيما لانه روي انه عليه الصلاة والسلم قال سبعة يظلهم الله
يوم لا ظل الا ظله وذكر منها اماما مقسطا الا ترى ان كبرا الصحابة كابي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي
الله عنهم كانوا عمالا ولو كان نفس العمل فسقا لتنزهوا عن ذلك كذا في الذخيره وذكر الامام قاضي خان
اراد به عامل السلطان الذي يعينه في اخذ الحقوق الواجبة شرعا اما الذي يعينه على اخذ الحرام
لا تقبل شهادته ثم قال وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان من الناس
من لا يقبل شهادة اهل الصناعات الخسيسه وانما اورد هذه المسلة رد الذلك القول لان كسبهم
اطيب الكسب على ما جا في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من ياكل من كسب يده فلا يوجب
ذلك جرحا وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس والجابي في السكة الذي ياخذ الدراهم والصراف
الذي يجمع عنده الدراهم وياخذها طوعا لا تقبل وذكر البزدوي في جامعه من قام بتوزيع هذه النوايب
على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الظلم فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة
من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا من العمال في كلامه لا تقبل شهادته **قوله** فهو جايز استحسانا
ههنا خمس مسايل • الغريمان لهما على الميت • والغريمان عليهما دين • والموصى لهما • والموصى اليهما •
والوارثان • ويشهد كل فريق ان الميت اوصى الى هذا وهو يدعي ذلك جازت الشهادة ولا يجوز
قياسا • ولو انكر الوصي ذلك لم يجز قياسا واستحسانا لانها شهادة للشاهد اي لنفسه لعود المنفعة
اليه وهذا لان الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يتصرف لهما ويقوم باحيا حقوقهما والغريمين
قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما ويبرآن بالدفع اليه والوصيان قصدا نصب من يعينهما
على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليهما حقوقهما فكان لكل جار الى
انفسهما نفعا بشهادتهما فيرد وبه قال الايمة الثلاثه لان شهادة الجار لنفسه نفعا لا تقبل بالاجماع
وجه الاستحسان ان بهذه الشهاده لا يثبت للقاضي ولايه لم يكن فان له ان ينصب الوصي اذا كان
الوصي طالبا والموت معروف فانما اسقطا عنه مؤنة التعيين لان القاضي يلزمه ان يتامل في هذا
الوصي انه هل يصلح للوصايه لامانته وديانته وهدايته ام لا وهما بهذه الشهادة زكياه واخبرا
للقاضي بانه اهل لذلك فكفيت عنه مؤنة التعيين وصارت كالقرعه فانها ليس بحجه ويجوز استعمالها
في تعيين الانصبا لدفع التهمة عن القاضي **فان قيل** اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى

نصب وصي اخر عن الميت وهو احدى مسايل الخمس فحينئذ يثبت للقاضي ولايه نصب وصي
بشهادتهما **قلنا** اذا اخبران معهما ثالثا ملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن القيام
بامور الميت باقرارهما اليه اشار الامام المحبوبي وفي الكتاب اشار اليه بقوله والوصيان اذا
اقرا الى اخره **قوله** وفي الغريمين الى اخره يعني ليس للقاضي ولاية نصب الوصي عند عدم ظهور
موت الموصي فكانت في شهادة الغريمين للميت عليهما تهمة وهو نفع الابرا بالدفع اليه فمعنى ان لا
يقبل فما له تقبل هذه الشهادة اذ ليس فيها تهمه لان ضررهما في ذلك اكثر من نفعهما وكانت الشهاده
على انفسهما وشهادة الانسان على نفسه مقبوله وهي الاقرار في الكافي وقيل معنى القبول امر
القاضي اياهما باداما عليهما فتقبل والبراه حق لهما فلا تقبل فيهما **قوله** ولا يحكم بالداي
بالجرح قيل هذا تكرار لان بقوله لا يسمع الشهادة على جرح يفهم اجيب بانه يمكن ان لا يسمع
ويحكم بعلمه في صوره فجاز الانفكاك بينهما في الجمله اورده لنفي الاحتمال في هذه الصوره
ومعنى قوله على جرح اي جرح مجرد متضمن لتفسيق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق
الشرع او من حقوق العباد نحو ان يشهدا ان الشهود فسقه او زناه او اكلة الربا او شربه
خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او اقرارهم انهم اجرا في ادا هذه الشهاده او على اقرار
ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم ان لا شهادة على المدعى عليه في هذه الحادثه
ففي هذه الوجوه لا تقبل شهادتهم لان الشهاده انما تقبل على ما يدخل تحت حكم القاضي في وسعه
الزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان فيه
اي في الشهادة على الجرح هذا وجه الثاني من الاستحسان وعليه الاعتماد يعني الشاهد بهذه
الشهادة صار فاسقا لان فيه اشاعة الفاحشه وهي حرام بالنص بلا ضرورة قال تعالى ان الذين
يحبون ان تشيع الفاحشه ولهذا قالوا المزكي ينبغي ان لا يصرح بفسقه بل يقول لا اعلم بحاله ولا
ادري اهو عدل ام لا **فان قيل** اليس انه عليه السلم اذكر الفاجر بما فيه **قلنا** هو
محمول على ما اذا كان ضرره يتعدى الى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه الا بعد الاعلام ولا يقال
ان فيه ضروره وهي كف الظالم عن الظلم باداء الشهاده الكاذبة وقد قال عليه السلام انصر
اخاك ظالما او مظلوما لانه لا ضرورة الى هذه الشهاده على ملا من الناس ويمكنه كفه عن الظلم
باخبار القاضي بذلك سرا الا اذا شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقه او شهدوا بزور ونحوه لانهم
شهدوا ما اظهارا لفاحشه عن غيرهم فثبت المشهود به وكذا الاقرار مما يدخل تحت الحكم فيقدر
القاضي على الالزام لانه لا يرتفع بالتوبة ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينه ان المدعي استاجر
الشهود لادا الشهاده لم تقبل لانه جرح مجرد **قوله** والاستيجار الى اخره جواب سوال
مقدر بان يقال قول المدعى عليه ان المدعي استاجرهم ليس بجرح مجرد بل فيه اثبات امر زايد وهو
الاستيجار وهو حق المدعي ويثبت الجرح في ضمنه فاجاب عنه بان الاستيجار امر زايد عليه اي
على الجرح المجرد لكن لا خصم في اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة فبقي جرحا مجردا **فان قيل** ينبغي
ان لا تقبل هذه الشهادة في هذه الصوره من وجه اخر بان جعل شهد المدعى عليه مركبين
لشهود المدعي ولهذا لو شهد شاهدان انهما عدلان واخران على الجرح فالجرح اولى **قلنا**
لما شهد ابان الشهود اجرا كانوا قايلين بانهم شهود زور وهو سببه الفسق فوجب عليهم التعزير
فلم يصيروا معدلين والمعدل في زماننا يعلم القاضي في السر بفسق الشهود احترازا عن اشاعة
الفاحشة وعن التعادي فيما بينهم كما ذكرنا في مسايل التزكية **قوله** ولهذا قلنا اي ولما قلنا

انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع انه اى المدعى عليه لو اقام بينة ان الشاهد عبد او قاذف والمقذوف يدعيه او محدود في قذف او سارب خمر او سارق او شريك المدعى والمدعى مال تقبل لمكان الحاجة الى احيا هذه الحقوق وفيما اذا قال انه محدود في قذف ليس اشاعة الفاحشة لان الاظهار حصل بقضا القاضي وانما حكوا عن اظهار الفاحشة من الغير **قوله** فان كان عدلا اى عدالته ظاهرة عند القاضي وان لم يكن فسيل عنه فقيل انه عدل جازت شهادته كذا في جامع البرهاني بزيادة كانت اى الزيادة باطله والجمله الفعليه صفة للنكرة وهى بزيادة **قوله** اذا تداركه اى اوانه واوانه قبل البراح من مكانه **قوله** ثم عاد الى المجلس وقال اوهمت لا تقبل منه ذلك لجواز انه غره المدعى او المدعى عليه باطماع حطام الدنيا ثم قيل يقضى بجميع ما شهد لان ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل بقوله اوهمت وقيل يقضى بما بقى حتى لو شهد بالالف ثم قال غلطت في خمسماية بل هو خمسماية يقضى عليه بخمسماية لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضا يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسماية لم يقض بالالف كذا هنا واليه مال شمس الايمة السرخسى **قوله** في بعض الحدود بان ذكر الجانب الشرقى مكان الجانب الغربى او على العكس او في بعض النسب بان ذكر محمد بن احمد بن عمر فكان محمد بن على بن عمر مثلا تقبل شهادته اذا تداركه في المجلس ولا يقبل بعده **قوله** وهذا اى اعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس فاما اذا لم يكن اى موضع شبهه بان يدع لفظه الشهاده او ما يجرى مجرى ذلك بان يدارك اسم المدعى او المدعى عليه او يترك الاشاره الى احدهما **فان قيل** ففيما فيه يقبل التدارك في المجلس او بعده اى وقت فرض صورة المسله قبل القضا او بعده **قلنا** في ترك لفظة الشهاده قبل القضا لامتناع القضا بدون لفظ اشهد وفي موضع شبهة التلبيس وهو موضع الزيادة والنقصان ففي الذخيره وجامع المحبوبى لا تفاوت ذلك قبل القضا وبعده فيما روى الحسن عن ابى حنيفه وروى بشر عن ابى يوسف في رجل شهد ثم جا بعد ذلك بيوم فقال شككت في كذا وكذا في شهادتى فان كان القاضى يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقى وان لم يعرفه بالصلاح وقال رجعت عن شهادتى في كذا وكذا من هذا المال فهو تهمه وكذا الحكم في غلطت في ذلك او نسيت فهو مثل قوله قد شككت في الشهادة • وفى المعنى في نوادر ابن سماعه عن محمد اذا شهد بالدار للمدعى وقضى القاضى بشهادتهم ثم قالا لا ندرى لمن البنا لا نضمنهم قيمة البنا كانهم قالوا اشككنا في شهادتنا وان قالا ليس البنا للمدعى ضمنوا قيمة البنا للمشهود عليه فعلم اى بقولهم شككنا لا يحلف الحكم بعد القضا وبعده في انه تقبل هذا القول منهم اذا كانوا عدولا **قوله** يقبل قوله اى قول الشاهد في غير المجلس اى في جميع المسايل والظاهر ما ذكرنا وهو انه يقبل في المجلس في موضع شبهه التلبيس وبعده وفي غير موضع شبهه التلبيس يقبل في جميع الاوقات

باب الاختلاف في الشهادة

لما فرغ من مسايل الاتفاق في الشهاده شرع في مسايل الاختلاف فيها اذ الاصل هو الاتفاق اذا الاختلاف بعارض الجهل والكذب وكلاهما عارض خصوصا في حق العدول **قوله** لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط واحترز به عن حقوق الله تعالى فان الشهاده فيها تقبل بدون تقدم الدعوى اذ حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل واحد خصما في اثباتها اما في حق العباد لا بد من دعوى مدع لان حق العبد يتوقف على مطالبته او مطالبة من يقوم مقامه لان القاضى نصب لفصل الخصومة

ولا خصومة بدون الدعوى **قوله** واسعد ساى الدعوى فيما خالفها لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبه وجودها كعدمها واعتبرنا صدق الشاهد لا صدق المدعى في المخالفة لان الاصل في الشهود العدول الصدق لا في المدعى لعدم شرطية العدالة فيه وفي الذخيره كما يشترط التوافق بين الدعوى والشهاده تشترط الموافقه بين الشاهدين ايضا لان القضا انما يجوز بالحجه والحجه شهاده المثنى وبالمخالفة ينعدم الحجه **قوله** في اللفظ والمعنى اى مطلق الموافقه في اللفظ والمعنى عند ابى حنيفه والمراد باتفاقهما لفظا يطابق لفظيهما على افاده المعنى بطريق الوضع كما قال احدهما الهبة والاخر العطية لا بطريق التضمن وعندهما يقبل وبه قال الشافعى في وجه واحمد في رواية وقال لا يحلف ويستحق الالف الاخرى وكذا الخلاف لو شهد احدهما بدرهم والاخر بدرهمين او شهد باربعه والاخر بخمسه وقال الشافعى في وجه واحمد في روايه يستحق الالف بالحلف وقيد بقوله اذا كان المدعى يدعى الفين لانه لو ادعى الالف فقد كذب الشاهد في الزيادة فلا تقبل اما اذا ادعى الاكثر لانه يدعى ما شهد به صاحب الاقل وزياده فلا يكون مكذبا له وهذا الاختلاف في الدين اما اذا كان في البيع او في الكتابة والدعوى فلا تقبل في شى بالاتفاق كما يجى **قوله** بل هما اى الالف والالفين جملتان اى كلمتان متباينان كزيد وعمر ولم يرد بها الجملة المركبه من فاعل وفعل او مبتدا وخبر كما في النحو لان ما ثبت بالف غير ما ثبت بالالفين وليس على كل واحد من اللفظين الا شهادة واحدة **فان قيل** الالف موجود في الالفين **قلنا** نعم اذا ثبت الالفان ثبت في ضمنه الالف واذا لم يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما بانه قال لامراته انت خليه وشهد الاخر بانه قال انت بريئة لا يثبت شئ وان اتفق المعنى وصار كما اذا اختلف الجنسان بان يقول احدهما كر حنطه والاخر كر شعير او قال احدهما بيض والاخر سود وللبيض فضل على السواد والمدعى يدعى السود لا تقبل لانه ادعى اقل المالين فصار مكذبا شاهد البيض الا ان يوفق المدعى فيقول كان لى عليه بيض الا انى ابراته عن صفه الجودة علم ذلك الشاهد او لم يعلم فحينيذ يقبل ولو ادعى البيض تقبل شهادته لانهما اتفقا على الاقل لفظا ومعنى وكذا في جميع المواضع في الجنس الواحد بخلاف الجنسين كذا في الذخيره **فان قيل** يشكل على قول ابى حنيفة ما لو ادعى الفين وشهدا بالف تقبل بالاتفاق ذكره في المبسوط مع ان شرط صحه القضا الموافقه بين الدعوى والشهادة ولم يوجد **قلنا** الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه بين الشاهدين الا ترى انه لو ادعى الغصب او القتل وشهدا باقراره به يقبل ولو شهد احدهما بالغصب والاخر بالاقرار بالغصب لا يقبل وهذا لان الشهادة تعتمد التلفظ الا ترى انها لم تقبل ما لم يقل اشهد بخلاف الدعوى فانه لو صحح دعواه بالكتابه يقبل دعواه وفي المبسوط والاسرار والذى يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بتطليقه واخران بثلاث تطليقات وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدى الثلاث لا على شاهدى الواحده ولو اعتبر ما قالا لان الواحده توجد في الثلاث لكان الضمان عليهما جميعا ولان مدعى الفين اثنين او الثلاث لا يكون مقرا بالواحد اذ لو كان مقرا بالواحد لكان مرتدا بالشرك بعد ذلك فمعنى ان تقبل ولا يلزم ما اذا قال لامراته طلقى نفسك ثلاثا فقالت طلقت واحده لان الزوج لما فوض اليها الثلاث فصارت الثلاث في يدها مع ابعاضها كمن ملك عبدا يملك رجله ويده ولا يلزم ما لو طلق امراته الفا فان الثلاث تقع لان الرجل تكلم بالطلاق عن ملك لا عن امر من حيث انه ملك الطلاق فيملك ما يشا من العدد الا انه لا يتقيد الا بقدر المحل **قوله**

النصف
ونظيره الطلقه والطلقه والنصف الى اخره يعنى سهد احدهما بالطلقه والاخر بالطلقة و
نقبل شهادته على الطلقه بالاتفاق بخلاف العشره والخمسة عشر يعنى ادعى المدعى خمسة عشر
حيث لا تثبت العشره عند ابى حنيفه لان الموافقه بين اللفظين شرط ولم يوجد لان الالف والخمسا
مع الالف سفقان فى لفظ الالف والخمسايه عطف عليه كما ذكر فى المتن والعشره والخمسه عشر ما هو
كذلك لان خمس عشر يذكر بغير حرف العطف فكان كلمة واحدة غير العشره فلم يوجد الموافقه ذكره
الامام قاضى خان وفى النهاية هذا كله فيما اذا لم يدع المدعى عقدًا اما اذا كان فى دعوى العقد
فهى ثمان مسايل • البيع • والاجاره • والكتابه • والرهن والعتق على مال • والصلح عن دم العمد •
والخلع • والنكاح • ويجى هذا كله مشروحا فى هذا الباب **قوله** لانه اى الشاهد كذب
المدعى بدعوى الاقل وتكذيب الشاهد بفسقه له فكان مبطلا شهادته فبقى شاهد واحد
قوله فلابد من التوفيق ولم يوجد حتى لو وفق وقال كان اصل حقى الفا وخمسماية
كما شهد ولكنى استوفيت خمسمائة وابرائه عنها ولم يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب
بالتوفيق وقد نقلنا من الذخيره ايضا مثله فى السود والبيض وذكر التمرتاشى ما ذكر فى
السكوت جواب الاستحسان اما فى القياس يقبل الا ذكار والتوفيق ولكن الاصح انه يذكر
التوفيق صريحا ولا يكتفى بالاحتمال **قوله** لاتفاقهما عليه اى على وجوب الالف **قوله**
وجوابه ما قلنا وهو قوله لاتفاقهما على وجوب الالف **فان قيل** المدعى كذب شاهدى
القضا لانه لما ادعى الالف فى الحال كان ذلك تكذيبا لمن سهد بالقضا بخمسمايه فينبغى ان لا يقبل
قلنا هذا يكون له فيما سهد عليه وهو القضا لا فيما شهد له فلا يقدح فى شهادته له ٥
قوله وينبغى للشاهد الى اخره وفى جامع ابى الليث لا يحل للشاهد الذى يعلم القضا
ان يشهد على اصل الدين لعلمه بان المدعى يدعى بغير حق **قوله** فى الجامع الصغير الى اخره
التفاوت بين مسئلة الجامع وبين المسئلة التى ذكرها قبلها ان فى مسئلة الجامع شهد احدهما بقضا كل
كل الدين وفى التى قبلها سهد بقضا بعض الدين • وفى كشف الغوامض وقد كان لقايل ان يقول
فى مسئلة الجامع لا يقبل شهادة شاهد القضا على وجوب المال متقدما لان فى المسئلة الاولى
للشاهد ان يقول تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج منها ليقضى به خمسماية ولكنى اشهد كما
اشهد عليه وهو الالف اذا ظهرت شهادته مع شهادة الاخر قضى له بالالف اما فى مسئلة الجامع
فالشاهد يذكر ان الشهاده سقطت عنه وليس عليه اداوها فشهادتى باطلة فى رواية الجامع ان
هذه الشهاده وثبت جواز الشهادة لانه يصدق فيما ينكر من القبض متقدما ولا ينظر الحاكم الى
اعتقاده بل ينظر الى ادايه الشهادة فاذا اجتمعا عليها قضى بها **قوله** وهو القرض اى
اى المشهود به الاول وهو القرض لم يوجد فى حقه التكذيب وهو له وانما وجد التكذيب فيما
عليه وهو الشهاده بالقضا وهو غير المشهود به الاول ومثله لا يمنع القبول ولهذا لو شهد بالف
وماية دينارا اذا ادعى المدعى الف درهم تقبل شهادتهما وان كذبهما المدعى فى الماية اليه
اشار فى الجامع والفوايد وحاصله ان تفسيق المدعى يوجب رد الشهادة وتفسيق المدعى عليه
لا يوجب لان فى زعمه ان الشهود فسقه اذ لو اعتبر تفسيقه لانسد باب القضا بالشهادة مؤثر
فى حق المدعى لانه زعم احدهما ان لا شى عليه فلو قضى بالمال لكان قضى بشهادة واحد وانه لا يجوز
قلنا لا كذلك لان قوله قد قضاها شهادة على الدين وعلى شى اخر وهو القضا وقضا الدين
ليس بمشهود به فلا يظهر تكذيبه فى حق القرض **قوله** لم يقبل الشهادتين وبه قال الشافعى

قرار
واحمد وفى الذخيره لو شهد احدهما بالقتل والاخر بالاقرار بالقتل لا تقبل لان القتل فعل والا
قول غير الفعل فاختلف المشهود به وكذا لو شهدا بالقتل واختلفا فى المكان والزمان لان الفعل
الثانى غير الفعل الاول وكذا كل ما يكون من باب الفعل نحو الشجه وغير ذلك فاختلافهما
فى الانشا والاقرار وفى الزمان والمكان يمنع القبول • وكذا اختلفا فى الالة التى كان بها القتل
لا تقبل وفى المعنى ايضا وكل شهادة على فعل اختلاف الزمان والمكان يمنع القبول الا فى مسئلة
واحدة ذكرها داود بن رستم عن محمد رحمه الله شهدا عليه فقال احدهما يصلى فى مسجد بنى
زايده شهرا واخر يصلى فى مسجد بنى عامر شهرا او قال احدهما يصلى بالكوفه شهرا وقال الاخر
رايته يصلى بالشام فانى اجيز شهادتهما واجبره على الاسلام ولكن لا اقتله وفى الكافى اختلافهما
فى الزمان او المكان فى البيع والشرا والطلاق والعتاق والوكاله والوصيه والرهن والدين
والقرض والبراه والكفاله والحواله والقذف لا يمنع القبول وفى الجناية والغصب
والقتل والنكاح يمنع • والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلافهما فى الزمان
او المكان لا يمنع وبه قال احمد فى روايه لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا
كالغصب ونحوه او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل
وهو شرط فاختلافهما فى الزمان والمكان يمنع القبول لان الفعل فى زمان او مكان غير الفعل
فى زمان او مكان غيره فاختلف المشهود به وقال الشافعى واحمد فى ظاهر روايته اختلافهما
فى الزمان او المكان يمنع فى الجميع الا فيما اذا شهد احدهما انه طلقها يوم الخميس وقال الاخر
اقر بطلاقها يوم الجمعه فانه يقبل وكذا فى البيع والنكاح وغيرهما فلا ينتقض بالمناسبه لان القضا
بالاول قضا ببطلان الثانى ضمنا اذ قتل شخص واحد لا يكون فى موضعين **قوله** وقالا
لا يقطع فى الوجهين وبه قالت الايمة الثلاثه قال التمرتاشى هذا الخلاف بين ابى حنيفة وصاحبيه
فيما اذا ادعى سرقة بقره فقط اما اذا ادعى سرقة بقرة بيضا او سودا لا يقبل شهادتهما
بالاجماع لانه كذب احد الشاهدين وكذا الخلاف فيما اذا ادعى سرقة ثوب فقط فقال احدهما
هروى وقال الاخر مروزى فان اختلفا فى الزمان او المكان لم يقبل بالاجماع **قوله** لا فى
السواد والبياض يعنى لا فى لونين لا يتشابهان كالسواد والبياض فانه حينيذ لا يقبل بالاجماع
كذا ذكره الكرخى والاصح ان الكل على الخلاف ذكره فى المبسوط والفوايد الظهيريه **قوله**
وصار كالغصب يعنى شهدا بغصب بقرة واختلفا فى لونه بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا
يسقط بالشبهات وهذا معنى قوله لان امر الحد اهم اى اعسر فى الاثبات ولهذا لا يثبت بالشهادة
على الشهادة ولا بشهادة النسا ولا باقل من اربعة وفى الاسرار بعد ذكر وجه قولهما وهذا احق
وادق فالحد يسقط بالشبهات وهذا الاختلاف مما يقع فى الغصب فلابد ان يوجب شبهة هنا
قوله لان التحمل فى الليالى اذ اكثر السرقات تكون فى الليالى فيكون التحمل فيها غالبا
فان قيل فى هذا احتيال لاثبات الحد والحد يحتال لدرءه لا لاثباته **قلنا** القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله فصار كما اذا اختلفا فى ثياب السارق
وهذا لانهما يكلفان لسان القيمة ليعلم انه هل كان نصابا فاما اللون فلا واذا لم يكن القطع
مضافا الى اثبات الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التى تثبت مع الشبهات وصح الاحتيال فيه
للاثبات احيا للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن كذا ذكره الكشانى ثم اذا وفقنا وقبلنا
الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا كذا فى الكافى **قوله** واللونان يتشابهان كالحمرة

والصفرة او يجتمعان كما ذكره **فان قيل** لو كانت البقرة على هذه الصفة يقال له
بلقا لا سودا ولا بيضا **قلنا** نعم كذلك ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف
الا احدهما يكون عنده ذلك اللون كذا في المبسوط وفي المبسوط الاختلاف في جنس الشهادة
لانهما لم يكلفا نقل صفته حتى لو سكتا عن بيانها تقبل شهادتهما واذا لم يكن بيانها من جنس
الشهادة فالاختلاف فيما ليس من جنس الشهادة على وجه يمكن التوفيق لا يمنع القبول عنده
قوله لان التحمل فيه اي في الغصب بالنهار غالبا **قوله** وكذا الوقوف على ذلك
اي الوقوف على صفة والانوثة لا يكون الا بقرب منه لان الحيوان لا يشتمل عليهما وعند
القرب لا يقع الاشتباه فلا يشتغل بالتوفيق كذا في المبسوط فالشهادة باطلة لانهما لم يتفقا
على حد واحد اذ الشرا بالالف غير الشرا بالالف وخمسماية والمقصود في اثبات السبب
هو العقد • واذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد على ما
يدعيه المدعي وكذا اذا كان المدعي هو البايع سوا ادعى اقل المالين او اكثرهما لما سا وهو ان
المقصود اثبات السبب وفي الفوايد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي يقبل
لان الشرا الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسماية بان اشترى ثم يزيد في الثمن فقد
اتفقا على الشرا الواحد بخلاف ما لو قال احد اشترى بالف درهم والاخر بالف دينار حيث
لا يقبل لان الشرا الواحد لا يكون بالف ثم يصير بماية دينار وفيه نوع تامل وانما قلنا المقصود
اثبات السبب لا الملك المطلق فلو كان المراد الملك لما احتاج الى ذكر السبب وقد وقع الاختلاف
بينهما في حق السبب اذ في الملك لا يقع الاختلاف **قوله** وكذا الكتابة وفي جامع قاضي خان
الكتابة بمنزلة البيع ان كان الدعوى من العبد لانه يدعي العقد وان كان الدعوى من المولى
لا يفيد لان العبد متمكن من الفسخ اذ الكتابة غير لازمة في حق العبد وكذا في جامع شمس الايمة
وفيه وكذا الخلع اذا ادعته المراة وانكر الزوج اما لو ادعى المولى والزوج حسب عتق والطلاق
بالاقرار وانما بقي مجرد دعوى المال وهو يدعي الفا وخمسماية فيقضى له بشهادتهما بالف
لاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى ولان الزوج غير مكذب لمن شهد بالاقل بل هو يدعي ذلك
وزيادة فاما اذا كان الدعوى من العبد والمراة فالحاجة الى القضا بالسبب • وقد اختلف
الشاهدان فيه **قوله** والحاجة ماسة اليه اي الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق
والعفو **قوله** وان كان الدعوى من الجانب الاخر بان قال الزوج طلقتك على الف وخمسماية
والمراة تدعي الالف وكذا المولى وولي القصاص اذا ادعيا اكثر المالين لانه لا حظ له في الرهن
اي لا فايدة للراهن في هذه الدعوى لانه ليس له ان يسترد الرهن قبل قضا الدين فلما لم يفد الدعوى
فايدتها صارت كانها لا دعوى اليه اشار المحبوبي **قوله** وان كان اي المدعي هو المرتهن
فهو بمنزلة الدين اي يقضى باقل المالين اجماعا **فان قيل** الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول
فكان عقدا كساير العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال بمنزلة اختلافهما
في البيع او الشرا وان كانت الدعوى من المرتهن **قلنا** لما كان عقد الرهن غير لازم في
حق المرتهن لان له ان يرد الرهن متى شا بخلاف الراهن لانه ليس له ولاية استرداد الرهن متى
شا فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في
حق ثبوت الدين ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين اليه اشار قاضي خان **قوله**
والمدعي هو الاخر فهو دعوى الدين اذ لا حاجة هنا الى اثبات العقد وان كان المدعي هو

المستاجر

المستاجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا
حاجة فيه حينئذ الى اتفاق الشاهدين واختلافهما **قوله** فاما النكاح الى اخره وفي
الفوايد الظهيرية ان كان المدعي هو الزوج فهو كدعوى البيع والشرا فلا يقبل اجماعا لان الزوج
لا يقصد الا العقد وان كانت المراة هي المدعية فالجواب عند ابي حنيفة كالجواب في دعوى الدين
وعندهما كالجواب في دعوى البيع وجه قولهما ان الحاجة ههنا الى اثبات العقد اذ العقد لا يثبت
باقرار المراة وحدها والنكاح بالالف غير النكاح بالف وخمسماية كالبيع والشرا ولابي حنيفة ان التسمية
في النكاح كما يصح عند العقد يصح بعده فالتسمية في الصحة لا تفتقر الى انشا العقد وانما تفتقر الى قيام
العقد وقيام العقد تارة يكون حال ابتدا العقد وطورا يكون حالة البقا والبينة على العقد لا تقبل
حالة البقا لان البقا لعدم الدليل المزيل والشهادة على تعرف لعدم الدليل المزيل لم تقبل كالشهادة على
النفي واذا لم يمكن اثبات البقا بالبينة لا يشترط لقبول البينة على التسمية قبول البينة على بقا العقد
وابتدا العقد ليس بشرط لصحة التسمية فلم يكن قبول البينة شرطا لا ابتدا ولا بقا لصحة القضا بالتسمية
وكانت البينة القايمة على التسمية والبينة القايمة على المنفرد سوا بخلاف البيع لان البينة اذا امتنع
في حق العقد امتنع في حق التسمية لعدم صحة التسمية بلا عقد وبخلاف ما اذا كان المدعي هو
الزوج لان الحاجة الى اثبات العقد وقد تعذر قال الصدر الشهيد يصح النكاح باقل المالين سوا
كان المدعي الزوج او المراة والمدعي يدعي الاقل والاكثر كما اطلق في الكتاب وفي النهاية وفيه
نظر والجواب فيه على التفصيل كما ذكره في الفوايد الظهيرية وسمعت عن شيخي رحمه الله وفيه
نظر وينبغي ان يكون الجواب فيه كالجواب في الدين اذا كان المدعي يدعي اكثر المالين عنده لان
ما ثبت بالنكاح وهو ملك البضع ثابت من غير اختلاف فبقي المال منفردا والجواب فيه ما
قلنا **قوله** يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه **فان قيل** لا بل في هذا تكذيب لاحد الشاهدين
كما في البيع **قلنا** المال ليس بمقصود ههنا لان النكاح يجوز بدون ذكره وانما لزم التكذيب
في البيع لان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة وفي
النكاح فالتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وهو العقد

فصل في الشهادة على الارث

لما فرغ من الشهادة في حق الاحيا شرع في بيان الشهادة فيما يتعلق بالاموات اذ الموت
بعد الحياة **قوله** وتركها ميراثا له وفي الفوايد الظهيرية هذا بالاجماع لكن على اختلاف
التخريج فعند ابي يوسف بسبب انه لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث
الى الوارث في قبول البينة وهما وان كانا يشترطان ذكر الجر والانتقال الا انه ههنا لم يشترطا
لان المدعي اثبت لمورثه يدا في المدعى بما اقام من البينة لان يد المودع والمستعير يد المودع
والمعير فصار كانه اقام البينة ان اباه مات والدار في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة
فكذا هذا **قوله** متى ثبت الملك للمورث اي مطلقا من غير ان يثبت انه كان ملكا
له وقت الموت **قوله** ان ملك الوارث ملك المورث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد
بالعيب ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا فيما كان المورث مغرورا فيه **قوله** هما يقولان
الى اخره يعني هما وان كانا يشترطان الجر لان كون الدار ملكا لذي اليد ثبت باستصحاب الحال
لانهم شهدوا انها كانت لابيه والثابت بالاستصحاب يصلح لابقا ما كان على ما كان لا لاثبات
ما لم يكن وفي جامع المحبوبي ما جوابهما عنه قامت المدعي بملكية هذا العين له فانه يقضى للمدعي
وان لم يشهد وا له في الحال وكذا فيمن اقام بينة على عين في يد انسان انه اشتراها من فلان

الغايب ولم يقم البينه على ملك البايع وذو اليد ينكر ملك البايع فانه يحتاج الى اقامة البينه
انه ملك البايع يوم البيع لثبوته اقتضا فوجب ان يكون في مسلتنا كذلك وهذه المسلة اشبه بمسلتنا باستصحاب
اذ الشرا والارث كل واحد سبب الملك **قلنا** جوابه ان يكون هذا العين ملكا للمورث بالا
لا بالبينه والثابت بالاستصحاب حجة لابقا ما كان لا لاثبات ما لم يكن باسا كالملك الثابت بظاهر
اليد لا يصلح للاخذ بالشفعه اذا انكر المشتري ملكه فكذا ههنا مالكية الوارث لم يكن ثابته وانما
يثبت بحالك فكان ملكا متجددا من وجه حتى لو كانت صدقه تحل له ويجب الاستبرا عليه فباحد
الاعتبارين وجب القضا بهذه البينه فباعتبار الاخر لا يجب فلا يجب بالشك بخلاف ما لو شهد
انها كانت للمدعي وهو حي اذ ليس في القضا بتلك الشهادة اثبات امر لم يكن لان ملك المدعي اذا
ثبت في الماضي بقي الى وقت اخر واستصحاب الحال حجة فيه اما ههنا الاستصحاب لاثبات مالكية
الوارث لانها لم يكن ثابتة من الوجه الذي قلنا وبخلاف مسلة الشرا لان ملك المشتري مضاف
الى الشرا الثابت بالبينة لا الى بقا ملك البايع في المبيع وان كان لا بد لاثبات ملك المشتري من
بقا ملك البايع لان الشرا اخرهما وجودا وانه سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق من غير ايجاب الملك
فيكون مضافا الى الشرا وانه ثابت بالبينه اما ههنا ثبوت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملكا
للمورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل هو موضوع لابطال الملك
فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد وعن هذا وقع الفرق بين التعليق بالشرا وبالتعليق بالموت حتى
لو قال لامة ان اشتريتك فانت حرة صح اليمين • ولو قال ان مات مولاك فانت حرة والحالف وارثه
لا يصح اليمين وبقا ملك الميت الى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لاثبات
ما لم يكن ثابتا وان صلح لابقا ما كان ثابتا **قوله** ولا بد من النقل اي الجر وهو ان يقول الشهود
انه مات وتركها ميراثا له وهو تفسير الجر في الشهادة في المواريث ولهذا لو ادعى دينا على المورث
وشهدا انه كان له على الميت دينا لا تقبل حتى يقولوا انه مات وهو عليه ذكره في العدة **قوله**
الا انه يكتفي الى اخره استثنا من قوله لا بد من النقل والجر الا ان الشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت على الدار او قيام يد المورث عليها وقت الموت قايم مقام قولهم كانت لابيه مات
وتركها ميراثا لان الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له وقت الموت لان اليد المجهولة تنقلب
يد ملك عند الموت لان الظاهر من حال من حضره الموت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان عنده
من الودايع او المغصوب فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه • وروى الحسن بن زياد وعلي بن
يزيد الطبري صاحب محمد بن الحسن انه لا تقبل الشهادة في هذه الصورة لانهم شهدوا بيد عرف
القاضي زوالها ولم يشهدوا بالملك للمورث ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح لما ذكرنا ان الايدي
المجهولة تنقلب عند الموت يد ملك • اما لو شهدوا انها كانت لابيه ولم يجروا فالقاضي لا يقبل
الشهادة في قولهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع ابو يوسف وقال تقبل • ولو شهدوا انها لابنه
لا تقبل ذكره محمد في كتاب الدعوى من غير ذكر خلاف • واختلف المشايخ **قيل** لا تقبل على
قولهما وتقبل عند ابي يوسف **وقيل** لا تقبل هذه الشهادة بالاخلاف كذا في الذخيره والمعنى
وقوله على ما نذكره اشارة الى ما ذكر بعده بقوله لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك
قوله والامانه تصير مضمونه بالتجهيل يعني اذا مات المودع ولم يبين حال الوديعه يضمن
ولو هلكت الوديعه بعد موته يجب ضمانه في تركته لانه لما مات بدون البيان ترك الحفظ والمودع
بترك الحفظ متعديا والتعدي موجب للضمان ولما صار ضامنا صار المضمون ملكا بواسطة وجوب

الضمان فيثبت ان الشهادة على اليد شهادة على الملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل
الى الوارث ضرورة فلذلك استغني عن ذكر الجر اليه اشار القاضي خان وغيره **فان قيل**
يشكل على قوله لان الايدي تنقلب الى اخره مسايل منها لو شهدا ان اباه دخل في هذه الدار
ومات فيها • ومنها لو شهدا انه كان فيها حتى مات • ومنها لو شهدا انه مات فيها • ومنها لو شهدا انه
قاعد على البساط او نام على هذا الفراش ومات عليه • ومنها لو شهدا انه مات وهذا الثوب موضوع
على راسه لا تقبل هذه الشهادات حتى لا يستحق الوارث شيا منها وان كانت هذه الاشيا في
يده وقت الموت **قلنا** حصل جواب هذه المسايل بما ذكره بقوله ملكه بواسطة الضمان
اذ هذه الاشيا ليست بموجبة للضمان وان كانت في يده في حالة الموت وقال التمرتاشي لم
يستحق المدعي بهذه الاشيا لان اليد على المحل لا تثبت بهذه الاشيا بدليل انه لا يصير غاصبا
ولا يصير ذو اليد مقرا له فكذا في الشهادة بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس لان اليد
تثبت بهذه الاشيا بدليل **قوله** فصار اي فصار قول الشاهد انها كانت في يده وقت الموت
بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت **قوله** لرجل حي يعني اذا كانت الدار في يد
رجل حي فادعاها رجل اخر وليست الدار في يده انها له فشهدوا على هذا الطريق وقيد بقوله
حي لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل بالاجماع كما ذكرنا وقيد بقوله انها
كانت في يد المدعي لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاجماع كذا في جامع قاضي خان واما
قوله منذ شهر وجوده كعدمه لان الخلاف ثابت فيما لم يذكره قال التمرتاشي لو شهدوا الحي ان
العين كان في يده لم تقبل لان اليد محتملة يد غصب او يد ملك فان كانت يد غصب لا يجب اعادته
وان كانت يد ملك يجب اعادته فلا يجب بالشك **قوله** لان اليد مقصود كالملك فالملك
متى ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فكذا في اليد **قوله** شهدا ما لاحد من المدعي يعني لو شهدا انها
كانت في يد المدعي واحدها المدعى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل الشهادة ويرد الدار
الى المدعي وكذا اذا اقر المدعى عليه بانها كانت في يد المدعي يرد على ما ذكرنا في الكتاب **قوله**
لان اليد منقضية اي زايلة يعني يد المدعي زايلة في الحال وليست بقايمة حتى يحمل على الملك
باعتبار الظاهر • وهي اي اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان فلما كانت كذلك كانت مجهولة
فلم يجب الرد لانه لو وجب الرد من وجه لم يجب من وجهين فلا يجب بالشك بخلاف الاخذ
لانه معلوم وموجبه معلوم شرعا وهو الرد كيف ما كان قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت
حتى ترد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والمعاين راجح لان المعاينة توجب العلم
والشهادة غلبة الظن فما كان موجبا للعلم اولى **فان قيل** يشكل هذا بمسئلة بينة الخارج
مع ذي اليد وكذا بينة دعوى مطلق الملك على ذي اليد مع ان بينة الخارج اولى وبينة
صاحب الملك اقوى وما رجح ذو اليد باليد المعاين **قلنا** ذاك مسلم فيما لا يتنوع وثمة
اثبتت بينة الخارج او ملك المطلق لا يتنوع الى ضمان وامانة وعدم وجود الرد الى المدعي
هنا باعتبار احتمال اليد للاوجه ووقوع الشك في وجوب الرد فلم يرد اما في دعوى الملك
المطلق خلص ما يوجب الرد وهو الملك عن التنوع فعمل بما هو موضوع البينات وهو ان ما كان
اكثر اثباتا اولى **قوله** لا يمنع صحة الاقرار بل يجب عليه بيانه كما لو اقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه
قوله وهو اي الاقرار معلوم وانما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضا كما لو ادعى
عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان هذا

كذا في جامع قاضي خان

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ عن بيان شهادة الاصول شرع في بيان شهادة الفروع اذ الاصل مقدم على الفرع **قوله** في كل حق لا يسقط بالشبهة وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك تقبل في كل الحقوق سوا كان حدا او غيره حق الله او غيره وبه قال الشافعي في الاصح لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول وهم كالترجمان **وقلنا** القياس ان لا تجوز شهادة الفروع لتمكن الشبهة فيها اذ الاخبار اذا تناسخها الالسن تمكن فيها زيادة ونقصان ولان ادا الشهادة عبادة والنيابة لا تجري في العبادات الا انه جوزت استحسانا لحاجة الناس فان الاصل يعجز عن الادا لموته او لمرض او غيبة فلو لم تقبل لتعطلت الحقوق وفي المغني الاصل ان كل ما ثبت بشهادة النسا مع الرجال ثبت بالشهادة على الشهادة لان المنكر في الشهادة على الشهادة تهمة كذب الفروع وتهمة كذب الاصول وفي شهادة النسا ايضا تهمتان تهمة الكذب بسبب عدم العصمة وتهمة الضلال والنسيان ذكا ساطير الا ان الشهادة على الشهادة تقبل عند العجز عن الاصول وشهادة النسا مع الرجال تقبل مع القدرة على شهادة الرجال لان شهادة الفروع بدل من كل وجه وشهادة النسا بدل من حيث الصورة كما بينا **قوله** لان فيها شبهة من حيث البدلية **فان قيل** لو كان فيها معنى البدلية ينبغي ان لا يجوز الجمع بين الاصل والفرع فان القاضي لو قضا بشاهد شهد اصلا وبشاهدين فرعين يجوز وتكميل الاصل بالخلف لا يجوز كما في الوضوء والتيمم ذكره في الكافي وايضا يجوز القضا بذلك مع القدرة على شهادة الاصول عندنا **قلنا** بدلية شهادة الفروع بحسب المشهود به لا بحسب شهادة الاصول لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به انه هو حق ام لا وههنا تثبت شبهة زايدة في نفس الشهادة انها هل وجدت من الاصول ام لا مع الشبهة في حق الاصول والاحتراز عنه ممكن في جنس الشهود فيعتبر فيما يسقط بالشبهات ثم هذه الشبهة في شهادة الفروع تمكنت باعتبار بدلية الفروع للاصول في حق المشهود به حيث لم يعاينوه لان الفروع بدل من الاصول اليه اشار في الاسرار **قوله** فيها زيادة احتمال يعني تهمة الكذب في الاصول والفروع لعدم عصمتهم كما ذكرنا وفي الفروع تهمة زايدة وهي تهمة عدم السماع من الاصول كالحدود والقصاص قال الشافعي في قول يوافقنا في الحدود لا في القصاص لانه قال احمد في حقوق العباد اجمع العقوبات وغير العقوبات لان الحدود الخالصة لله تعالى **فان قيل** ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي كذا ضرب فلانا حدا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان **قلنا** المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات وانما الذي لا يثبت مع الشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليس بسبب موجب للعقوبة **فان قيل** اليس ان اقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة **قلنا** ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون من ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف وفي المحيط ذكر محمد في الديات لا تقبل هذه الشهادة **قوله** وقال الشافعي لا يجوز وهو احد قوليه واختاره المزني وعبد الملك المالكي لان الفرعين يقومان مقام اصل واحد فلا تتم حجة القضا بهما كالمراتين ولان احد الفرعين لو كان اصليا فشهد على شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وقال الشافعي في قول يجوز وهو قولنا ومالك واحمد لقول علي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازا كل اصل فرعان ولم يرد عن غيره خلافه فحل محل الاجماع ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق اذ طريق جواز

الشهادة على الشهادة نقل الشهادة فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق اخر فيقبل وهذا لانهما اذا شهدا على شهادة احد هما ثبتت شهادته في مجلس القضا كما لو حضر بنفسه فشهد ثم اذا شهد على شهادة الاخر ثبتت شهادته ايضا في مجلس القضا فلا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين اخرين عليهما **قوله** لما روينا وهو قول علي وهو اي قول علي حجة على مالك فانه قال في كتبنا وقال مالك يجوز شهادة الواحد على شهادة واحد ولكن ذكر في جواهر المالكية لا يجوز وهكذا ذكر في الحلية وذكر في الحلية ان على قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري وعبد الله ابن الحسن العنبري وعثمان البتي واسحق ثبتت بشهادة واحد شهادة الاصل الواحد لان الفرعي قام مقام الاصلي معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضا فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبروا هذا برواية الاخبار **ولنا** ما روينا من قول علي وقد مر **قوله** لان الفرع كالنايب عنه اي عن الاصل وانما قال كالنايب ولم يقل نايب عنه لانه لو كان نايبا عنه حقيقة لما جاز الجمع بين فرعي واصلي وقد نقلنا عن الكافي انه يجوز **وقوله** على ما مر اشارة الى الذي ذكره قبل في فصل ما يتحمله الشاهد وهو قوله وانما يصير موجبا بالنقل الى مجلس القضا فلا بد من الانابة والتحميل **قوله** ولا بد ان يشهد اي لا بد ان يشهد الاصل عند الفرع عند التحمل فشهد ذلك الاصل عند القاضي بلا نفا وقت بان يقول اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا فاشهد انت على شهادتي او معناه لا بد ان يشهد الاصل عند التحميل كما يشهد الفرع عند القاضي وان لم يقل اي ان لم يقل الاصل عند الفرع اشهد ني على نفسه المقر والمدعى عليه **قوله** لانه لا بد من شهادة الفرع **قوله** ولها اي ولشهادة الادا الفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرعي عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته بذلك الان فيحتاج الى ثمان شينات وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات واختاره الحلواني واقصر منه وهو ان يقول الفرع اشهد ني على شهادة فلان بكذا جاز وفيه سيتان واختاره ابو الليث واستاده ابو جعفر الهندواني • وهكذا حكي فتوى السرخسي وهكذا ذكر محمد في السير الكبير وبه قالت الايمة الثلاثة • وحكي ان فقها زمن ابي جعفر خالفوه في ذلك واشترطوا زيادة تطويل فاخرج ابو جعفر الرواية من السير فانقادوا له فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل كذا في الذخيرة والمغني **قوله** ومن قال اي لو قال الاصل اشهد ني فلان على نفسه اي المقر على اقراره لم يسع اي لم يجز للسامع ان يشهد لعدم التحميل ولا بد من التحميل وبه قال الشافعي ومالك واحمد وذكر ان العامري الشافعي لو سمع رجلا يشهد شاهدا على شهادته يجوز ان يشهد على شهادته وبه قال احمد في رواية لعدم الاحتمال وفي الجواهر لو راه الفرعي يشهد بين يدي الحاكم فله ان يشهد على شهادته وان لم يشهده وبه قال احمد في رواية لعدم الشبهة وقال محمد من اصحاب مالك لا يجوز ان يشهد على شهادته لانه نيابة فلا بد من التحميل **قوله** وهذا ظاهر عند محمد الى اخره وذلك لان الشاهد الفرعي لا علم له بالحق بل يحمل شهادة غيره بطريق التوكيل عند محمد حتى لو رجع الاصول دون الفروع يجب الضمان على الاصول ولو رجع الاصول والفروع يخير المشهود عليه بين تضمين الاصول وبين تضمين الفروع فلا يصير الوكيل وكيلا بدون امره وعند ابي حنيفة وان لم يكن الاشهاد توكيلا حتى لو منع الفرعي بعد اشهاده عن الشهادة لا يصح منعه وكان للفرعي ان يشهد على شهادته • وفي المحيط يصح منعه في قول ويبطل شهادة الفروع ولو رجع الاصول لا يجب الضمان عليهم عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان شهادة الاصول انما تصير حجة بالنقل الى المجلس

وانا اشهد على شهادته

القاضي ولهذا يعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل كلامه حجة الا بامره فلا بد من التحميل
كذا في جامع قاضيخان **قوله** اشتركوا اي الضمان وفي الفوايد الظهيرية معنى اشتراكهم في
الضمان ان المشهود عليه بالخيار بين تضمين الاصول وبين تضمين الفروع وليس معناه ان يقضي بنصف
الضمان على الاصول وبنصفه على الفروع بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب • وفي الذخيرة
لو ضمن الفروع لا يرجعون على الاصول كما في الغصب وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع
ايضا بخلاف ما لو ضمن الغاصب حيث يرجع على غاصبه وعندهما الاصول مسببون والفروع
مباشرون واذا اجتمعا وهما متعديان فالضمان على المباشر **قوله** يظهر تحميل ما هو حجة اي يظهر
بالنقل التحميل ولولا التحميل لم يوجد النقل والنقل الى مجلس القاضي حجة وفي الكافي وتحمل الفروع
انما يصح اذا عاينوا حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلسه ليصير حجة
ونظهر ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل • وفي الفوايد
الظهيرية قول المشايخ في هذا الموضع ان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم
للقاضي لقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مريف لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان
الاصل شهد عند القاضي بالحق عندنا في مجلسه فلا بد من طريق اخر وهو ان الشهادة لا تجوز الا بالتحميل
والتوكيل • ووجه ذلك ان الاصل منفعة في نقل شهادته ومن وجه وهو ان الشهادة واجب
عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب غير ان فيها مضرة له من حيث بطلان ولايتها في تنفيذ
قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة له فصار لولاية نكاح الصغيرة
فباعتبار ذلك شرط الامر منه وانما اعتبر السفر وبه قال الشافعي في قول احمد في رواية
لتعلق الاحكام بمدة السفر كقصر الصلاة والصوم وابتداء مسح الخف وكتكبيرات التشريق عند
ابي حنيفة والاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم **قوله** وعن ابي يوسف الى
اخره وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وقال لو كان بمكان لا يلزمه الحضور لاداء
الشهادة وهو قريب من قول ابي يوسف وقال بعض اصحاب مالك لا يسمع في الحدود الا في
غيبة بعيدة فاما اليومان والثلاثة فلا الا المرأة فانه ينقل عنها مع حضورها في البلد ذكره في
الجواهر وفي الذخيرة روي عن محمد انه يجوز كيف ما كان حتى اذا كان الاصل في زاوية المسجد
والفرع في زاوية اخرى من ذلك المسجد ينقل وقال شمس الائمة السرخسي السعدي في شرح ادب
القاضي للخصاف شهادة الفروع والاصول في المصر يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة
لا يجوز لما ان التوكيل بغير رضى الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز ووجه البناء على قوله انه لما
لم يملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب
نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور **قوله**
والاول احسن لان العجز شرعا يتحقق بمدة السفر كما في ساير الاحكام وكان القول به موافقا لحكم
الشرع وكان احسن والثاني وهو قول ابي يوسف ارفق وبه اي بالثاني وفي الذخيرة برواية ابي
يوسف اخذ كثير من المشايخ **قوله** فان عدل شهود الاصل بنصب شهود على المفعولية وشهود
الفرع بالرفع على الفاعلية اي عدل الفروع الاصول جاز باجماع الائمة الاربعة لانهم من اهل
التزكية فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم وذكر الخصاف يسال القاضي الفروع عن الاصول
ولا يقضي قبل السوال فان عدلوهم ثبت عدالتهم في ظاهر الرواية وعن محمد لا يثبت عدالتهم بتعديل
الفروع لان فيه تنفيذ شهادة نفسهم والصحيح ظاهر الرواية لان العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم

قوله في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة
لما قلنا انه من اهل التزكية وعن بعض مشايخنا لا يقبل لانه يريد به تنفيذ شهادته فكان متهما وقلنا
ان العدل لا يتهم بمثله كما ذكرنا **قوله** وان سكتوا اي الفروع عن تعديل الاصول نظر القاضي
اي يسال عن المزكين حال الاصول وفي جامع قاضيخان لو قال الفروع لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم
وعن ابي يوسف يسال القاضي عن غيرهم عن حال الاصول وان قالوا لا نعرف الاصول اعدول ام لا
قال السعدي وهذا وقولهم لا نخبرك سوا وقال الحلواني لو قالوا لا نعرف عدالتهم لا يرد القاضي
شهادتهم ويسال عن غيرهم عن حال الاصول وهو الصحيح لان شاهدي الاصل بقي مستورا **قوله**
فاذا لم يعرفوها اي اذا لم يعرف الفرع عدالة الاصول **قوله** وان انكر شهود الاصل الى اخره
وفي الكافي معنى المسألة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع
يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضورهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم
ينكروا **قوله** للتعارض بين الخبرين اي بين خبر الفروع وخبر الاصول وهو اي التحمل
شرط وقد فات للتعارض **قوله** وقالا اخبرانا اي قال الفرعان اخبرانا اي الاصلان
انهما اي الاصلان يعرفانها اي تلك المرأة المشهود عليها فجاء اي المدعي بامرأة وقالا اي
الفرعان اهي هذه ام لا اي لا ندري ان المعرفة بالنسبة هي هذه الحاضرة ام لا لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت كما تحملوها صح النقل وقولهم لا ندري هي هذه ام لا
لا يوجب جرحا في شهادتهم لانهم لم يعرفوها فقد عرفها الاصل وانما لم يحكم بهذه الشهادة لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ويحتمل ان يكون الحاضرة
غيرها فوجب التوقف حتى يشهدان بانها فلانة بعينها **قوله** ان الحدود المذكورة في الشهادة
قال التمرتاشي يعني لو قال المدعي ان المذكوره بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق
فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود فلا بد من شاهدين اخرين ان الحدود
المذكورة حدود ما في يده ليصح القضا **قوله** وكذلك كتاب القاضي يعني كتب في كتابه شهد
عدلان عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلاني كذا فاقض عليها انت بذلك
فاحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب اليه ودفع الكتاب اليه وانكرت انها فلانة المكتوب
فيه فقال المكتوب اليه هات شاهدين ان التي احضرتها هي الفلانة المذكورة في هذا الكتاب
لتمكن الاشارة اليها في القضا كذا ذكره التمرتاشي **قوله** الا القاضي بكمال ديانته الى اخره
جواب اشكال مقدر وهو ان يقال ان القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي لانه سمع الشهادة
من الشاهدين ونقل شهادتهما بالكتاب فصار كانه حضر مجلس المكتوب اليه وشهد وهناك
يشترط اثنان فكذلك ينبغي ان يشترط في القاضي الكاتب ان يكون اثنين فاجاب بما ذكر في الكتاب
قوله في هذين البابين اي باب الشهادة على الشهادة وباب كتاب القاضي **قوله** لانها خاصة
اي الفخذ قبيلة خاصة لا اسفله دونها هكذا ذكر في الصحاح حيث قال القبايل ست اولها الشعب
ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وذكر في الكشاف في قوله تعالى وجعلناكم
شعوبا وقبايل الشعب الطبقة الاولى من الطبقات التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة
والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبايل والقبيلة تجمع العماير والعمارة تجمع البطون
والبطون تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصايل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن
وهاشم فخذ وعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبايل تشعبت منها وفي الديوان الشعب بفتح الشين

والعماره بكسر العين **قوله** لانه اى الفخذ اسم للجد الاعلى في القبيله الخاصة فنزل منزلة الجد
الادنى وهو اب الاب وتصح الشهادة على الشهادة من النسا وبه قال مالك واحمد في روايه
وقال الشافعى واحمد في روايه واشهب وعبد الملك من اصحاب مالك لا يجوز لان الشهادة على
الشهادة ليست بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فاشبه النكاح وقلنا شهادتين
في غير الحدود معتبره كما في الاصول ونقل الشهادة ليس من الحدود والقصاص **فصل**
ذكر شهادة الزور بفصل على حده لان لها احكاما مخصوصه واخرها لان الاصل هو الصدق
اعلم ان شاهد الزور يعزر باجماع الامة اتصل القضا بشهادته او لم يتصل لانه ارتكب
كبيره اتصل ضررها بالمسلمين قال عليه الصلاة والسلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك
بالله ثم تلى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وليس فيها حد مقدر
فيعزر زجرا له وتنكيلا الا انهم اختلفوا في كيفية التعزير فقال ابو حنيفه يعزره بتشهيره فقط
وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعى ومالك واحمد وباقى العلما • وفى المبسوط شاهد
الزور عندنا هو المقر على نفسه بذلك لانه لا يمكن تهمة الكذب في اقراره على نفسه ولا طريق
لاثبات ذلك بالبينه عليه لانه نفى لشهادته والبينه للاثبات دون النفى والرجال والنسا واهل
الذمة في ذلك سوا القيام الاهليه في حقهم جميعا فيما يتعلق به شهادة الزور وقال شيخ الاسلام في مبسوطه
شاهد الزور هو الذى يقر على نفسه بالكذب متعمدا او شهد بقتل رجل ثم يجى المشهود بقتله حيا
حتى يثبت كذبه بيقين • فاما لو قال غلطت او اخطات او ردت شهادته لتهمه او لمخالفة بين الدعوى
والشهادة لا يعزر اصلا • وقال ابو محمد الكاتب هذه المسله على ثلاثة اوجه اما ان رجع على سبيل
التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب بلا خلاف وان كان
لا يعلم فعلى الاختلاف ثم قال لو تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك فعلى الوجهين ان كان
فاسقا لا تقبل لان الذى حمله على شهادة الزور فسقه فاذا تاب وظهرت توبته فقد زال فسقه
فتقبل ولم يبين في الكتاب مدة ظهور توبته فقال بعض المشايخ سنة **وقيل** سته اشهر والصحيح
انه مفوض الى راى القاضى اما لو كان مستورا لا تقبل شهادته ابدا على روايه بشر عن ابى يوسف
لا يدرى ما الذى حمله على شهادة الزور فكان حاله قبل التوبة وبعدها سوا وروى ابو جعفر عن ابى
يوسف انه يقبل قالوا والفتوى على هذا كذا ذكره المحبوبى في جامعه **قوله** وسخم بالخاء
المهمله من الاسخم الاسود ذكره في المغرب وفى المغنى ولا سخم يروى بالحا المهمله والخا المنقوطه جميعا
وهذا التمسك منهما بفعل عمر لاثبات الضرب وبفى قول ابى حنيفة لانهما لا يقولان بالتسخيم ومحمد لا
يقول بتبليغ التعزير الى اربعين وفى المبسوط عندهما يسخم ويضرب اربعين ويطاف به الا ان الدليل
قايم على انتساخ حكم التسخيم لان ذلك مثله والمثلة منهى ولو بالكلب العقور والتشهير بان يطاف
به والتشهير لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته والضرب لارتكابه كبيره **قوله** وله اى
لابى حنيفة ان شريحا الى اخره **فان قيل** ابو حنيفه لا يرى تقليد التابعى حتى روى عنه انه
قال هم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد **قلنا** ذكر في النوادر عن ابى حنيفة في تقليد التابعى
الذى زاحم الصحابة في الفتوى قال انا اقلده فعلى هذه الروايه ظاهر وعلى ظاهر الرواية قالوا
لم يذكر قوله بحجابه وانما ذكره لبيان انه لم يستبد بهذا القول بل سبقه غيره واحتجاجه بتجويز
الصحابة فعله فانه كان قاضيا في زمن عمر وعلى ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابه ولم ينكر احد
من الصحابه فعله فحل محل الاجماع وان كان احتجاجا باجماع الصحابة لا بتقليده لشريح وكان شريح

يبعث الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر في اجمع ما كانوا ويقول
القاضى يسلم عليكم ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس **قوله**
والضرب الى اخره يعنى الضرب ان صلح زاجرا في حق من لم يباشر لم يصلح زاجرا في حق من باشر بل
يصده عن الرجوع فوجب التخفيف باعتباره **قوله** محمول على السياسه الى اخره لان التعزير
انقص من اربعين عند محمد لقوله من بلغ حدا الحديث وقد بينا اما التسخيم فعل مشروع بالاجماع
سياسه اذا راى الامام المصلحه فيه حتى قال الشافعى لو راى حلق راسه حلقه اما لا يحلق لحيته
وله في تسويد وجهه وجهان قال شيخ الاسلام لم يرد به حقيقة التسويد بل اراد به التخجيل بالتفضيح
والتشهير فان الخجل يسمى مسودا قال تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا كذا في المغنى
قوله وفايدته اى فايدة وضع الجامع لقوله شاهدان اقرا الى اخره **كتاب**
الرجوع عن الشهادات عقب الرجوع عن الشهادة اذ الرجوع يقتضى سبق الشهادة وله مناسبة
خاصة بشهادة الزور اذ الرجوع عن الشهادة من اسباب شهادة الزور ثم الرجوع ركن وهو قول الشاهد
شهدت بزور وهو ان يكون عند القاضى اى قاض كان يختص بمجلس القاضى على ما يجى **قوله** سقطت
اى الشهادة فلم يقض القاضى بها ولا خلاف فيه **قوله** لان اخر كلامهم ينا قض اوله فلا يبطل حكم
القاضى بالمتناقض ولانه لو اعتبر رجوعه في ابطال القضا ادى ابطاله الى ما لا يتناهى لانه ياتى
بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب اعادة القضا الاول كذا في المبسوط • وفى المغنى كان ابو حنيفة
اولا يقول فيما رجع بعد القضا ينظر الى حال الراجع ان كان حاله عند الرجوع افضل من حاله وقت
الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفى حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضا
ويرد المال على المشهود عليه وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة او
دونه يجب عليه التعزير ولا ينقض القضا ولا يجب الضمان عليه وهو قول استاده حماد ثم رجع
عن هذا وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال ولا ينقض القضا ولا ينقض القضا ولا يرد المشهود
به على المشهود عليه وهو قول ابى يوسف ومحمد والايمه الثلاثه **قوله** فالسر بالسر والاعلان
بالاعلان وهكذا جا لفظ الحديث **فان قيل** ينبغى ان لا يكون الرجوع مختصا بمجلس القاضى
لانه اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبه والاقرار لا يختص
بمجلس القاضى **قلنا** ما كان شرطا في الابتدا يكون شرطا في البقا كالمبيع فان وجوده شرط لابتدا
البيع فكذا بقاوه شرط لصحة الفسخ فكذا الشهادة بمجلس القاضى شرط لابتدايها فكذا شرط لفسخها
وهو الرجوع ولا يلزم عليه راس مال السلم فان احضاره شرط في ابتدا العقد وليس بشرط في فسخ
السلم لانا نقول احضاره شرط للاحتراز عن الكالى بالكالى وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ **قوله**
رجوعا باطلا اذ الرجوع في غير مجلس القاضى باطل لما ذكرنا والاستحلاف وسماع البينة بعد
صحة الدعوى والدعوى باطل لما ذكرنا **قوله** ضمنا المال وبه قال احمد ومالك والشافعى
في القول الاصح وقال الشافعى لا يضمنان **قوله** كالملجا ولم يقل انه ملجا حقيقه اذ لو كان
ملجا حقيقة على الحكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا
ظهر كذبه كما في المكره كما هو مذهب الشافعى وليس كذلك وهذا لان الملجا حقيقة من يخاف العقوبة
الدنياويه والقاضى انما يخاف عقوبة الاخرة ولا يصير به ملجا لان كل احد يعلم الطاعة خوفا من
العقوبه على تركها في الاخرة ولا يصير به مكرها ولكن لا يجب الضمان على القاضى لانه غير متعد في
القضا بل هو مباشر لما هو فرض عليه ظاهرا ويأثم بتركه فتعين الشاهد لانه متعد في الشهادة فوجب

الضمان عليه جبرا للنقصان حق المدعى عليه كالحافر على قارعة الطريق كذا في المبسوط **قوله**
لان الاتلاف به اي بعض المدعي مال المدعى عليه وفي ذلك لا يتفاوت الحكم بين العين والدين وهذا
اختيار شمس الايمه السرخسي رح وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا يضمن
للمشهود عليه فيقبض المدعي العين اولا وان كان المشهود به دينا يضمنه اذا استوفاه المدعي من المدعى
عليه لان ما يجب عليهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل فمتى كان المشهود به عينا فالشاهدان
ازاله عن ملكه بايصال القضا الا ترى ان يصرف المدعى عليه بعد القضا فيه لا ينفذ بخلافه ما حد
الضمان عن الشاهد لا تنتفي المماثلة • فاما اذا كان المشهود به دينا فالشاهد ما ازال عن ملكه
شيا قبل الاستيفا بل اوجبا عليه دينا بغير حق فلو استوفينا الضمان من الشهود قبل ان يستوفي
المشهود له ذلك من المدعى عليه ينتفي به المماثلة لان المستوفى عين والعين خير من الدين ويعتبر قيمة
العين يوم القضا لان الاتلاف بالقضا كذا في الذخيره **قوله** وان شهد ثلثه ورجع واحد فلا ضمان
عليه وبه قال الشافعي في قول ومالك في روايه وقال احمد يغرم ثلث الحق وبه قال الشافعي في قول
اخر ومالك في روايه لان المال تلف بشهادتهم فيكون الضمان عليهم كما في الغصب ولنا الاعتبار
لبقا من بقي لا لرجوع من رجع لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة شاهدين لان الزيادة عليهما
في هذا الباب فضل في حق القضا الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من اثنين يضاف القضا ووجوب
الحق الى الكل لضرورة المزاحمة لاستواحالهم فاذا رجع واحد منهم زالت المزاحمة لزوال
الاستوا وظهر ان القضا كان مضافا الى شهادة المثنى كذا في الذخيره وهذا معنى قوله وهذا لان
الاستحقاق باق بالحجه اي استحقاق المشهود به للمدعي باق بالحجه وهي شهادة الاثنين والمتلف
متى استحق سقط الضمان اي عن المتلف فاولى ان يمنع لان المنع اسهل من الرفع • صورته اذا اتلف
انسان مال زيد مثلا فقضى القاضي لزيد على المتلف بالضمان ثم استحق ذلك العين المتلف
عمرو واخذ الضمان او وهبه سقط الضمان الثابت لزيد عليه بخلاف الغصب لان الاتلاف حصل من
الكل **قوله** وان رجع اخر من الثلاثه يضمن الراجعان نصف الحق **فان قيل** ينبغي ان يضمن
الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه **قلنا** التلف مضاف الى المجموع الا ان برجوع الاول
لم يظهر اثره لمانع وهو بقا من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما وفي شرح الاقطع وهذا كما
يلزم جميع الشهود اذا رجعوا وهم ثلاثه ولا يقول واحد لو رجعت وحدي لم يلزمني شي لاني كنت
ثالثهم فيجب ان يلزمني عند رجوع غيري بل يجب الضمان على الكل فكذا هنا **قوله** فلا ضمان
عليهن اي على ثمان نسوه وبه قال مالك والشافعي في قول وقال احمد يجب عليهن اربعة اسداس
الضمان وبه قال الشافعي في الاصح لما ذكرنا في ثلاثه شهود فان كل امراتين مقام رجل فيكون عشر
نسوه مع رجل كست رجال فيقسم الضمان عليهن اسداسا وان رجعت اخرى كان عليهن اي على تسع نسوه
ربع الحق وبه قال مالك والشافعي في قول **قوله** وان رجع الرجل مع النسا جميعا فعلى الرجل
سدس الحق وخمسة اسداسه على النسوه عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي ومالك واحمد وعندهما
على الرجل نصف الحق وعليهن نصفه وبه قال ابو العباس من اصحاب الشافعي **قوله** لانهن لا يقبل شهادتهن
بدون رجل وكان الثابت بشهادتهن نصف المال وبشهادة الرجل نصف المال **قوله** فصار كما
اذا شهد بذلك سته رجال في المبسوط ودليل صحه هذا الكلام ان حكم الشهادة كحكم الميراث وفي
الميراث عند كثره البنات مع الابن يجعل كل بنتين كابن ولم يجعل هناك حاله الاختلاط كحاله انفراد
البنات فعند الانفراد لا يزاد لهن على الثلثين ثم عند الاختلاط يجعل كل ابنتين كابن واحد فكذلك في

الشهادة وهذا لان النقصان عن ادنى العدد في الشهاده يمنع القضا • فاما الزياده على النصاب
فمعتبره في ان القضا يكون بشهادة الكل فبكثره النسا عند وجود الرجل يزداد النصاب ويكون
القضا بشهاده الكل على ان كل امراتين كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضي بالضمان **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله ان المعتبر في هذا بقا من بقي وبه قال مالك والشافعي في قول وقال احمد والشافعي
في قول على الراجع بقسطه **قوله** فلا يضاف اليه اي الى بعض الشاهد حكم القاضي لانه شرط العله
وشطر العله لا يثبت شي بخلاف ما لو شهد رجلان وامراتان ثم رجعوا فالضمان اثلاثا لان المراتين قامتا مقام
رجل فكانه شهد ثلاثه رجال • وفي المبسوط ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامراة ضمن الرجل
نصف المال لان الحجه بقيت في نصف المال ثم هذا النصف على الرجل خاصة عندهما لما بينا ان عندهما
نصف المال ثبت بشهادة الرجل ونصفه بشهاده النسا وقد بقي من النسا من يبقى بقيامه نصف الحق وينبغي
في قياس قول ابي حنيفه ان يكون النصف اثلاثا بين الرجل والمراة لان القضا ههنا بشهادة الكل وبه
قال الشافعي ومالك واحمد • ولو رجعوا جميعا فعلى الرجل النصف وعلى النسوه النصف عندهما وعند
ابي حنيفه على الرجل خمسا المال وعلى النسا ثلاثه اخماسه وبه قال الشافعي ومالك واحمد **قوله**
وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها اي لا ضمان عليهما عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد يضمنان
لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر المثل لان منافع البضع متقوم عند دخوله في ملك الزوج
بالاجماع وكذا عند الخروج عندي ومن ضروره تقومه في حالة الدخول تقومه عند الخروج لان
الخارج عين الداخل وقيمته مهر المثل فقد نقصا عن حقها وعندنا لا يتقوم له عند الاتلاف لان
التقوم يتحقق عند الاحراز لا يكون في الاعراض وكذلك ساير المنافع وقد بين في الاصول • فاما
عند الدخول في ملك الزوج المتقوم هو المملوك دون الملك لاظهار خطر المحل حتى يكون مصونا
عن الابتذال **فان قيل** ينبغي ان يضمنا ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر المثل كما قال
الشافعي في هذه الصورة لانهما اتلفا منافع بضعها من حيث الحكم واتلاف منافع البضع حقيقه
بغير عوض موجب للضمان كما لو اتى المجنون اذا اكره امراه وزنى بها يجب مهر المثل فكذا في
الاتلاف الحكمي **قلنا** القياس ان لا يضمن منافع البضع في الاتلاف الحقيقي لعدم احرازها الا ان
الشرع ورد في فصل المجنون بالاتلاف بالضمان بخلاف القياس تعظيما لامر البضع فيقتصر عليه
ولا يمكن الالحاق دلالة لعدم المماثلة من كل وجه اليه اشار في الذخيره **قوله** لانه اتلاف
بعوض كما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك يعني وان كان اتلفا مال الزوج في مقدار مهر
المثل فقد عوضاه منافع البضع بمقابله ذلك وهي متقومة عند الدخول فلا يضمنان كما لو شهدا
بشرا شي بمثل قيمته ثم رجعا • وفي الذخيره ومنافع البضع تعتبر مالا عند الدخول في الملك فصلحت
عوضا ولهذا يجوز للاب ان يزوج ابنه الصغير بمهر المثل من مال الصغير والاب لا يملك ازاله
ملك الصغير الا بعوض ولا يملك الاب خلع المراة الصغيره بمالها وان كان المسمى مثل مهر المثل
قوله لانهما اتلفاها اي الزياده على الزوج المنكر **قوله** لم يضمنا هذا اذا كان المدعي
هو المشتري ولو كان المدعي هو البايع بان ادعى رجل على انه باع عبده منه بالف درهم والمشتري
ينكر وقيمه العبد خمسمايه وشهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمسمايه للمشتري • ولو كان المشتري يدعي
البيع بخمسمايه درهم والعبد يساوي الف درهم فشهدا للمشتري ثم رجعا يضمنان للبايع خمسمايه
ذكره في شرح الطحاوي وكان قوله ضمنا النقصان اي للبايع ان كان المدعي هو المشتري لانهما اتلفا
هذا الجزء بلا عوض وفي الذخيره هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فاما اذا شهدا به ثم رجعا

فاه

فهذا على وجهين احدهما ان يشهدا عليه بشهادة واحدة بان شهدا بانه باع منه بالف واو
الثمن فالقاضي يقضي بعيد المبيع للبايع ولا يقضي بالثمن وثانيهما ان شهدا عليها بشهادتين
مختلفتين بان شهدا على البيع اولا ثم شهدا بايفا الثمن للبايع والفرق بينهما انهما لما شهدا بشهادة
واحدة فالمقضي به المبيع دون الثمن لانه لا يمكن للقاضي القضا بالثمن لانه لا يصار الى القضا
بالثمن بما يوجب سقوطه وهو القضا بالايفا • ولهذا لو شهدا بالبيع والاقالة معا فانه لا يقضي
بالبيع لانه قارن القضا بالبيع ما يوجب انفساخه وهو القضا بالاقالة كذا هنا فلهذا ضمنا قيمة
المبيع دون الثمن لان المبيع هو المقضي به وزوال المبيع بلا عوض اما لو شهدا بالبيع والايفا
بالشهادتين فالثمن يقضى به لان القضا بالثمن ممكن لانه لم يقارنه ما يوجب سقوطه لان حال ما
شهدا بالبيع لم يشهدا بالايفا واذا كان الثمن مقضيا به فاذا رجعا ضمنا الثمن ولم يضمنا قيمة المبيع وان
صار المبيع مقضيا به في هذه الحالة مع الثمن لان ازالة المبيع حصلت بعوض فلا يضمنان قيمته و قوله
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار للبايع جواب سوال ذكره في المبسوط فان قيل البيع
بشرط خيار البايع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في
المدة فاذا لم يفعل كان راضيا بهذا البيع فينبغي ان لا يضمن الشاهدان شيئا قلنا زوال الملك
وان كان متاخرا الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود ولهذا يستحق المشتري بزوايده فكان الازالة
حاصلا بشهادتهم والبايع كان منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن ان يتصرف بحكم الخيار لانه اذا تصرف
بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويظهر كذبه عند الناس والعاقل يحترز عن مثله ولهذا لا يعتبر تمكنه من
الفسخ في اسقاط الضمان عن الشهود حتى لو اوجبا البيع في مدة الخيار لم يضمن له الشهود شيئا
لانه صار مقرا بالبيع مزيلا ملكه باختياره وكذا لو كان شرط الخيار للمشتري وهو منكر للشرا
وفي قيمة العبد نقصان عن الثمن فان سكت المشتري حتى مضت المدة ضمن له الشهود النقصان عند
الرجوع وان اجاز البيع في المدة لم يضمن الشهود شيئا لما بينا في جانب البيع قوله ضمنا نصف المهر
وبه قال احمد ومالك في رواية ابن القاسم والشافعي في رواية الربيع عنه وقال الشافعي في روا
المزني عنه يضمنان مهر المثل لان البضع عنده متقوم دخولا وخروجا وقال مالك في رواية اشهب
عنه لا ضمان على الشهود لان منافع البضع عند الخروج والدخول ليس بمال ولو كان فعاد كل
البدل وهو البضع اليه كما كان فصار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض فوجب سقوطه بغير شي في
وقلنا انهما اكدا ضمانا على شرف السقوط وهو نصف المهر وعلى المؤكد ما على الموجب الا ترى
ان المحرم لو اخذ صيدا في الحرم فجا رجل فذبحه في يده يجب الجزا على المحرم ويرجع به على الذابح
لانه اكد الجزا عليه وكان على شرف السقوط بان يخلي سبيله وقد بين ضعف هذا الوجه في الاصو
واختار فخر الاسلام بان الضمان انما يجب على الشهود لانهم الزموه على الزوج صار واكانهم
اخذوه من الزوج ودفعوه اليها وصار كالغصب قوله في معنى الفسخ لعود المبدل وهو
البضع اليها كما كان فصار بمنزلة الفسخ قبل قبض البيع وانما قيل في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ
لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد مثل الدخول المبدل اليها كما كان صار بمنزلة الفسخ
فيكون وجوب نصف المهر ابتدا بشهادتهما وانما قال النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لانه قبل
اللزوم يقبله كما لو نكح الصغيرة اخوه فلها خيار الفسخ بالبلوغ لما ان النكاح لم يقع لازما وانما
قيد قبل الدخول لانه لو طلقها بعد الدخول لم يجب شي عليها بالرجوع عندنا وبه قال مالك واحمد في
الشافعي يجب مهر المثل عليها والمسالة مشهورة • وفي الكافي لو شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا

بعد موته غرما لورثته نصف المهر لم يرث لانا حكمنا بالبينونة قبل الموت ولو شهدا بعد
موت الزوج انه طلقها قبل الدخول في حياته ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لم
وضمنا للمراة نصف المهر والميراث لان الميراث كان موكدا الظاهرا بالموت بحيث لا يسقط
بالمسقط وكذلك الميراث كان واجبا لها بموت الزوج بهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا موكدا
من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك وبه قال مالك قوله ضمنا قيمته اي قيمة
العبد ولا خلاف فيه موسرين كانا او معسرين لانه ضمان اتلاف لان العتق اليهما اي الشاهدين
هذا الضمان لانه مما لا يحتمل الفسخ فلا يتحول الولا اليهما لان الولا لمن اعتق ولا يمنع وجوب
الضمان ثبوت الولا للمعتق لان الولا ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا
فان قيل ينبغي ان لا يكون الولا للمولى لانه ينكر العتق قلنا صار مكذبا شرعا بالقضا
لان القاضي لما قضى عليه بالعتق بعد الولا وفي المبسوط والمغني لو شهدا انه دبره فقضى بذلك
ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لان ملك المالية للمولى يتبعض بالتدبير فيضمنان النقصان ولو
ولو شهدا انه كاتبه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد والفرق بينهما انهما لا يمن المولى ولكن
انتقصت مالية العبد بالتدبير فضمنا النقصان ثم الشاهدان ضمان المكاتب يبيد بدل الكتابة على
نجومها لانها قاما مقام المولى في ذلك حتى ضمنا قيمته وبه قال مالك وهكذا قال في المدبر وقال
احمد في المكاتب يرجع بالنقصان ولا يستسعي المكاتب حتى يودي ما عليه اليهما فاذا اداه اليهما
فالولا للذي كاتبه لانهما قاما مقامه في قبض بدل الكتابة فاذا اداه اليهما كان كانه اداه
الى المولى ولو عجز ورد الى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة لهما لان المكاتب لا يقبل النقل
ورجوعهما غير صحيح في حقه ورد المولى ما اخذ منهما اليهما لان الحيلولة قد زالت وعد ملكها
لهما ان لم يستوفيا من نجومه • ولو شهدا باقرار المولى ان امته ام ولده والمولى ينكر فقضى بذلك
ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها وبه قال احمد وقال مالك ضمنا قيمتها للمولى وفيه
تفريعات كثيرة ذكره في المحيط وشرح الطحاوي قوله ضمنا الدية وبه قال ابن القاسم
المالكي وقال الشافعي يقتص منهم وبه قال احمد واشهب المالكي ان قالا لا تعمدنا الكذب ليقتل
وان قالا اخطانا تجب الدية بالاتفاق قوله والمكره منع بنصب الرا على صيغة اسم
المفعول لان الشاهد بمنزلة المكره بكسر الرا والولي بمنزلة المكره وحاصله ان الاكراه لما
اتصل الى القتل فكان قاصرا لان المكره ممنوع عن القتل شرعا ومع ذلك يقتل المكره فاولى
ان يجب هنا لان الشهادة الى الافضا الى القتل لان القتل مباح للولي قوله ولنا ان القتل
مباشرة لم يوجد واشتباه مباشرة على التمييز وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه
غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب من الولي قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي المبسوط
الشاهد لم يكن مباشرا حقيقة ولا حكما ولا معنى اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان الولي
مختار في القتل فيقطع النسبة ولا معنى لعدم الالجا فان القاضي اذا حكم حاف العقوبة في
الاخرة ولا يصير ملجا به كما ذكرنا مره فلا يصير مكرها فكانت الشهادة تسبيبا ولا مساواة بين
التسبيب والمباشرة ويعتبر في القصاص المساواة • وفي الاسرار من مشايخنا من قال في تعليل
المسالة بان الشهود مسببون ولا مساواة بين التسبيب والمباشرة وهو ضعيف لان المذهب عند
الشافعي ان المسبب والمباشر واحد الا ترى انه تلزمه الكفارة الا ان حافر البير بمنزلة الحامل بسوط
صغير لان الحفر لا يقصد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة او مرتين فاما الشهادة فطريق سلوك

لاخذ ما ثبت بالشهاده فكان كالضرب بما يقصد به القتل **وقلنا** لما ثبت من مذهبنا ان
الولي لا يقتل وقد باشر القتل مختارا لا بالزام الشهود فانه ان شا عفا ثم لم يلزم القصاص للشبهة
فالشهود الذين يصيرون بالشهاده متلفين حكما اولى لان الضمان بالقتل الذي باشره الولي لا بالقضا
وحده • وفي الكافي وقوله في الهدايه ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد الى قوله لانه يؤثر حياته
ظاهرا مشكل لان الامر على القلب فالظاهر ان الولي يقدم على القتل لكونه مباحا وبه يدرك
ثاره والظاهر ان المكره لا يقتل لانه لا يباح له قتله ويحتمل ان يرتدع المكره عنه او يلحقه
الغوث • **اجيب** عنه بانه انما قال الشيخ ظاهرا بالنظر الى حال المسلم المتدين لانه لا يلحقه
بعفوه ضرر بنفسه وماله ويحصل له الاجر الكثير • فاما المكره يختار حياته بادني رخصة في
الشرع ويرجحه على حياة غيره غالبا واحتمال العوث نادر وعلى تقدير لحوق الغوث لم يبق الاكراه
وكلامنا في المكره **قوله** ولان الفعل الاختياري اي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح
من غير اجبار مما يقطع به النسبه **بخلاف** المكره فان له اختيارا فاسدا وللمكره اختيار صحيح
والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره كالاله للمكره فلذلك يستعمل فعله
الى المكره فاضيف فعله الى المكره على انه لم يقطع النسبه بالكليه فلا اقل بان يورث الشبهه
وهي مانعه للقود بخلاف المال اي الديه • والباقي اي باقي المسئله وتفريعاته تعرف في المختلف
فانه قال في المبسوط ولو رجعا يكون عليهما الديه لان كل واحد مسبب لاتلاف نصف النفس
فان رجع الولي معهما اوجا المشهود بقتله حيا فولي المقتول بالخيار بين تضمين الشاهدين وبين تضمين
القاتل لان القاتل متلف حقيقه والشهود حكما والاتلاف الحكمي في وجوب الضمان كالاتلاف
الحقيقي فكان له الخيار ثم ان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين وبه قال مالك في روايه لانه ضمن
بفعله باختياره وان ضمن الشهود لم يرجعوا على الولي ايضا عند ابي حنيفة وعندهما يرجعون
وبه قال مالك لانهم ضمنوا بشهادتهم وقد كانوا عاملين فيه للولي فيرجعون عليه كما لو شهدوا
بالقتل الخطا او بالمال • ولا يقال هناك قد ملكا المقبوض وهنا لم يملكا لان القصاص لا يملك
بالضمان والمشهود به هو القصاص لانا نقول انهما لم يملكا فقد قاما مقام من ضمنا في الرجوع
على القاتل بمنزلة من غصب مدبرا فغصبه اخر ثم ضمن المالك الغاصب الاول فانه يرجع بالضمان
على الثاني وان لم يملك المدبر بالضمان ولكنه قام مقام من ضمنه وهذا لان القصاص مما يملك في
الجمله حتى يملكه ولي القصاص وله بدل معلوم محتمل للتمليك فيكون السبب معتبرا على ان يعمل في
بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السما وكذا شهود الكتابه اذا رجعوا وضمنوا للمولى
القيمه كان لهم ان يرجعوا على المكاتب ببدل الكتابه ولم يملكوا رقبه المكاتب ولكن المكاتب لما
كان مملوكا انعقد السبب في حقهم على ان يكون عاملا في بدله وهو بدل الكتابه فيملكون بدل
الكتابه بذلك وان لم يملكوا رقبه المكاتب فهذا مثله • وابو حنيفة يقول الشهود ضمنوا الاتلافهم
المشهود به حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين
لما ضمنوا مع وجود المباشر كالحافر مع الدافع وههنا ضمنوا عرفنا انهم جناه متلفون حكما وان
كان تمام الاتلاف عند استيفا الولي فان استيفا الولي بمنزلة شرط مقرر لجنايتهم ومن ضمن
شيا بجنايه نفسه لا يرجع على غيره اما في الخطا انما يرجع لانه ملك المقبوض وهو الديه بالضمان
وقد اتلفه المشهود في تصرفه الى خاصته وهذا سبب اخر موجب للضمان عليه للشاهد وكذلك
في المال • وقولهما انعقد السبب موجبا له الملك ان يعمل في بدله **قلنا** هذا ان لو كان في

الاصل لو هو الملك بالضمان وليس في القصاص توهم الملك بالضمان بحال فلا ينعقد السبب
باعتبار الخلف ثم لو كان القصاص ملكا لهما لم يضمنه المتلف عليهما كما لو شهدا على الولي بالعفو
وقيل اجمع من عليه القصاص فليس لمن له القصاص ملك الضمان وانعقاد السبب لا يكون
اقوى من ثبوت حقيقه الملك وبه فارق مسئلة غصب المدبر والكتابه فان هناك لو كان ملكا
حقيقه كان يضمنه المتلف عليه فكذلك اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب فيكون
له ان يرجع لذلك الكل من المبسوط **قوله** واذا رجع شهود الفرع ضمنوا ولا نعلم فيه
خلافا **قوله** فلا ضمان عليهم اي على شهود الاصل باتفاق الايمه الاربعه وعن احمد في وجه
يضمنوا كالمزكين **قوله** لانه خبر محتمل اي لان انكارهم الاشهاد خبر محتمل للصدق والكذب فلا
يبطل القضا كما لو شهد الاصل بنفسه وقضى القاضي بشهادته ثم رجع وان قالوا اشهدناهم وغلطنا
ضمنوا • وفي المبسوط وكذلك لو قالوا اشهدناهم على شهادتنا ولكن رجعنا عن ذلك فعندهما لا
يضمن الاصول اصلا وعند محمد يضمنون لما ذكرنا ان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما
الى مجلس القاضي • فاما القضا يحصل بشهاده الاصلين فلهذا اعتبرنا عدالتهما فصار كانهما حضرا
بانفسهما وشهدا ثم رجعا وبه قال احمد وقالا القاضي يحكم بما عاين من الحجه وهي شهادة الفروع
والموجود من الاصول شهاده في غير مجلس القاضي وهي غير حجه فلا يكون سببا للاتلاف فلا يلزم
الاصول الضمان وان رجعا لان الشهاده تختص بمجلس القاضي كالرجوع والرجوع في غير مجلس القاضي
لا يوجب الضمان فكذا الشهاده في غير مجلس القاضي وقد بينا ان الفروع لم يكونا نائبين لعدم
ولاية الاصول بعد الاشهاد منعهم عن الشهاده **قوله** والجهتان متغايرتان لان شهادة
الاصول على اصل الحق وشهاده الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع بينهما في التضمين وفي المبسوط
ولا يقال بان الاصلين بضمان النصف والفرعين النصف الاخر فيجعل الكل في حكم شهاده واحدة
لانه لا تجانس بين شهادتي الفريقين لما ذكرنا ان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على
شهادة الاصول واذا لم يكن التجانس بين الشهادتين فلا يجعل كشهادة واحدة فيجعل كل فريق كالمنفرد
فيخير في التضمين كالغاصب وغاصب الغاصب • اما ههنا لو ضمن كل واحد من الفريقين لا يرجع على
الاخر عند محمد بخلاف غاصب الغاصب اذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لان كل واحد من الفريقين
ههنا مواخذ بقوله فلا يرجع على غيره وهذا لان نقل شهاده الاصول الى مجلس القاضي سبب التلف
ونقل شهادتهما ثبت لهما باشهادهم فانه لولا اشهاد الاصول لما تمكن الفروع من النقل ولو لا نقل
الفروع لم يثبت التلف وكان فعل كل واحد من الفريقين في حق المشهود عليه سبب ضمانه على سبيل المباشرة
اما في حق الفروع فظاهر وكذا في حق الاصول لان اداء الفروع منقول اليهم لان الفروع مضطرون
من جهة الاصول الى الادا بعد الاشهاد حتى لو امتنعوا من الادا اثموا ولهذا قضا القاضي منقول
الى الشهود لانه مضطر الى القضا بعد الشهاده فلما كان كذلك كان فعل كل فريق مواخذ بفعله
فلا يرجع على غيره الى هذا اشار في المبسوط **قوله** واذا رجع المزكون الى اخره وفي المبسوط شهدوا
على الزنا وزكاها المزكون ثم تبين انهم عبيد او مجوس فان ثبت المزكون على التزكية وزعموا انهم احرار
فلا ضمان عليهم ولا على المشهود • اما على الشهود لانه لم يتبين كذبهم واما على المزكين فلانهم اعتمدوا
على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم وانما زكوهم بقول الناس فلم يتبين كذبهم فيما اخبروا عن قول الناس
وقال احمد على المزكين الضمان لانهم شهدوا بما لولا شهادتهم افضت الى التلف ولا ضمان على
الشهود لانهم يقولون شهدنا بحق ولا على القاضي لانه ملجا في الحكم • واما اذا رجع المزكون عن التزكية

فعليهم الضمان عند ابي حنيفه وبه قال احمد وملك وعندهما الديه في بيت المال في الوجهين
لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وسبب الاتلاف وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود
خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان وابو حنيفه يقول انهم اثبتوا سبب الاتلاف وهو الشهادة
والشهاده انما كانت موجبه بالتزكية فكانت التزكيه كعلة العلة بخلاف شهود الاحصان بان
الشهاده على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس بموجب
موجبا ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فثبت انه علامة لا شرط فلم يتعلق به وجوب
ولا وجود ● ولو رجع شهود الاحصان لم يضمنوا عندنا والشافعي في قول وملك في رواية شوا
رجعوا مع الشهود او وحدهم وقال زفر والشافعي في قول ومالك في روايه واحمد يضمنون
لان الزنا موجب للرجم بعولهم فيكون في معنى العله **وقلنا** الاحصان في معنى العلامه لان حكم
الشرط ان يمنع انعقاد العله الى ان يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف حكمه على احصان يحدث
بعده فانه اذا زنى ثم احصن لا يرجم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا والحكم لا يضاف
الى المظهر كما ذكرنا ● وفي المبسوط وكيف يكون الاحصان موجبا للزنا ومؤثرا فان شرف الخصال الحميده
مانعه عن الزنا ومثبت ما يوجب المنع عن الشي لا يكون كمثبت من يوجب وجود ذلك الشي اذ اهما على
طرفي نقيض فلما لم يوجب هذه الخصال الزنا لم يوجب الرجم ايضا لان ذلك حكم الزنا **قوله** فالضمان
اي ضمان قيمة العبد او ضمان نصف المهر لان وضع المسئله فيهما على ما ذكر في الكتاب **وقوله** خاصة
احتراز عن قول زفر فان الضمان عنده على الجميع قال لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا **وقلنا**
شهود اليمين اثبتوا العلة الموجبه للعتق وهي قوله انت حر وشهود الدخول اثبتوا شرط العتق
وهو الدخول والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم لان اضافة الحكم الى العله حقيقه واضافته
الى الشرط مجازية كما في الحافر مع الدافع فان الحكم يضاف الى الدافع دون الحافر كذا في المبسوط
قوله اختلف المشايخ فيه في المبسوط ظن بعض مشايخنا ان شهود الشرط يضمنون بالرجوع بها
اذا كانت اليمين ثابته باقرار المولي وقالوا لان العله لا تصلح لاضافة الحكم لانها ليست تعدي فيكون
الحكم مضافا الى الشرط اذ الشرط خلف العله كما في حفر البير وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان
شهود الشرط لا يضمنون نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشره للاتلاف وعند وجود المباشر
يضاف الحكم اليه لا الى الشرط سوا كان الشرط بطريق التعدي او لا بخلاف مسئله الحفر فالعلة هناك
ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شي فلهذا اجعل الاتلاف مضافا الى الشرط ● وفي
الكافي والى الاول مال فخر الاسلام ولو شهدا انا لتفويض واخران بانها طلقت او اعتق فالتفويض
كالشرط

كتاب الوكالة

قيل وجه مناسبته بالشهادات ان
الشهاده والوكالة صفة الله تعالى قال الله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقالوا حسبنا الله ونعم
الوكيل **وقيل** هو ان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانه في احياء حقه او كل واحد يصلح
سببا لاكتساب الثواب والصيانه عن العقاب في المعاملات ثم محاسن الوكالة ظاهره لما فيها من
ايصال النفع وقضاء حوايج المحتاجين ● والوكاله لغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى بمعنى
الحافظ ولهذا قلنا اذا قال وكلتك بمالي انه يملك الحفظ فقط ● والوكاله بفتح الواو وكسرها اسم
للتوكيل من قولك وكلت توكيلا والتوكل اظهار العجز والاعتماد على الغير والاسم التكلان يدل على
التفويض والاعتماد تعالى على الله توكلنا اي فوضنا امورنا اليه والتوكيل هو القايم بما فوض اليه
والجمع الوكلا كانه فعيل بمعنى مفعول واتكلت على فلان في امري اي اعتمدت واصله اوتكلت

قلبت الواو يا لانكسار ما قبلها ثم ابدل منها التا فادغمت في تا الافتعال كذا في الصحاح والمغرب ● و شرعا
اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم ● والوكاله مشروعه بالكتاب والسنه
والاجماع ● اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينه قص الله تعالى
عن الامم الماضية بلا انكار فيكون شريعه لنا ما لم يظهر ناسخه ● واما السنه فما روي انه عليه السلم
وكل حكيم بن حزام بشرى الاضحيه وعروة البارقي به ايضا ● ووكل عمرو بن اميه الضمري بقبول نكاح
ام حبيبه ابنة ابي سفيان وابا رافع بقبول نكاح ميمونه ● وعن جابر قال اردت الخروج الى خيبر فذكرته
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا اتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك
ايه فضع يدك على ترقوته ● واجمعت الامة على جوازها وكذا المعقول يدل عليه اذ الانسان قد يعجز
عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله اما لقلة هدايته او لكثرة اشغاله
او لكثرة ماله او لضعفه او لوجاهته لا يتولى الامور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها ● وسببها
ما هو السبب في ساير المعاملات وهو تعلق البقا المقدور بتعاطيها ● وركنها الالفاظ التي تثبت بها
الوكاله من قوله وكلتك بكذا وافترنته قبول المخاطب ● روى بشر عن ابي يوسف لو قال لغيره احببت
ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او قال رضيت او قال شيت او قال اردت او قال وافقني فهذا
كله توكيل ● ولو قال لا انهاك عن طلاق امراتي لا يكون هذا امرا وتوكيلا حتى لو طلق لا يقع ● وكذا
لو قال لعبده لا انهاك عن التجارة لا يصير ماذونا وقال ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك اما في
الاذن يجب ان يصير العبد ماذونا عندنا لانه بسكوت المولى يكون ماذونا وهذا فوق السكوت
كذا في الذخيرة وقال المحبوبي لو قال انت وكيلي في كل شي كان وكيلا بالحفظ الا اذا اراد فقال
انت وكيلي في كل شي جايز صنعك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات
والطلاق والعتاق وعند ابي حنيفه وكيل في المعاوضات دون غيرها ● وشرطها ما ذكر في الكتاب
وصفتها انها من العقود الجايزه ● وحكمها جواز تصرف الوكيل فيما وكل به **قوله** كل عقد جاز ان
يعقده الى اخره **فان قيل** يلزم على طرده الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل
غيره بالاستقراض يقع على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل **قلنا** ذكر في الذخيره لو اخرج
الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة بان قال فلان يستقرض منك كذا فعل المقرض يكون
الدراهم للامر لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه ● ولو اخرج الكلام مخرج الوكاله بان قال اقرضني
عشرة فالعشرة للوكيل وله ان يمنعها من الامر لان التوكيل بالاستقراض باطل بخلاف الرسالة اذ
الرساله موضوعة لنقل العبارة والوكيل غير ناقل للعبارة وانما صح التوكيل بالبيع وغيره لان
محل التصرف ملك الموكل والتوكيل بالشرا صح من حيث انه امر بايجاب الثمن في ذمة الموكل
وذمته ملكه وهذا المعنى لا يتحقق في الاستقراض لان البدل في باب القرض يجب دينا في ذمة
المستقرض بالقبض لا بالعقد فلا بد من تصحيح الامر او لا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل
في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير فتعذر تصحيح هذه الوكاله باعتبار جانب التملك
وباعتبار جانب العبارة فبطل ثم ذكر في الذخيره لو وكله بما لا يملكه الموكل لا يصح لان التوكيل
اثبات ولاية التصرف واثبات الولاية بما لا ولاية له باطل ثم قال هذا عندهما اما عند ابي حنيفة
شرط صحة التوكيل كون الوكيل بما يملكه الوكيل وكون الموكل مالكا ليس بشرط عنده حتى لو وكل
المسلم الذمي ببيع خمر وشرايه جاز عنده ● قال شيخ صاحب النهايه فعلى هذا يحمل اطلاق ما ذكر في
الروايه على قولهما وفي الكافي **قيل** المراد من قوله ان يكون مالكا للتصرف بالنظر الى اصل التصرف

وان امتنع لعارض وسع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي **قوله** على اعتبار بعض
الاحوال بان يكون مريضا او شيخا فانيا او ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه والتوكيل صحيح بدون
هذه العوارض لان حكمة الحكم يراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة **قوله** وبالتزوج
عمر ام سلمة اي وكله بتزوج امه من النبي عليه الصلاة والسلام **قوله** في سائر الحقوق اي جميعها
وفي الصحاح سائر الناس اي جميعهم **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله لان الانسان قد يعجز الى
اخره **قوله** وكل عقيلا اي في الخصومات وانما اختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى
حكي ان عليا استقبله يوما ومعه عنز له فقال على سبيل الدعابة احد الثلاثة احمق فقال عقيل
اما انا وعنزي فعاقلان فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقره لكبر سنه
او لنقصان ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط **قوله** مع غيبة الموكل
قيد به لانه يجوز استيفا القصاص والقذف في حضوره باجماع الايمة الاربعة وفي غيبته لا يجوز
عندنا وبه قال الشافعي في قول وهو نصه وبه القاضي الروياني من اصحابه وقال الشافعي
في الاصح ومالك واحمد يجوز له استيفا القصاص والقذف في غيبة الموكل لانه حق العبد
ويجوز استيفاوه في حضوره فكذا في غيبته **وقلنا** انه عقوبة تسقط بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة في حال غيبته لجواز ان الموكل قد عفى بنفسه والوكيل لا يشعر به بل هو الظاهر لان
العفو مندوب اليه شرعا قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وقال تعالى فمن تصدق به فهو
كفارة له بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى
ذلك لقلة هدايته في الاستيفا او لان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفا في غيبة الشهود
لان رجوعهم نادر لان الاصل في العدول الصدق **قوله** وليس كل احد الى اخره جواب اشكال
وهو ان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل باستيفا القصاص بل يستوفيه بنفسه لما ان
في التوكيل شبهة البدلية واستيفا القصاص مما لا يجري فيه الابدال فاجاب عنه بهذا وهو
ما ذكرنا من قلة هدايته الى اخره **قوله** وهذا الذي ذكرناه اي جواز التوكيل باثبات كل
الحقوق سواء كان في الحدود والقصاص او غيرها قول ابي حنيفة وبه قالت الايمة الثلاثة وعند
ابي يوسف لا يجوز في اثبات الحدود والقصاص في المبسوط وكل رجلا يطلب قصاصا في نفس
او ما دونها لا يجوز وان وكله باقامة البينة على ذلك جاز عند ابي حنيفة ومحمد الا عند ابي حنيفة
عند مرض الخصم او غيبته وعند محمد على كل حال وبه قالت الايمة الثلاثة وعلى قول ابي يوسف
لا يجوز التوكيل بذلك وعلى هذا الخلاف اثبات حد السرقة والقذف • له اي لابي يوسف ان
الوكيل بمنزلة البدل عن الموكل ولا مدخل للابدال فيها ولهذا لا تثبت بالشهادة على الشهادة
وبكتاب القاضي الى القاضي وبشهادة النساء مع الرجال وبالاشارة من الاخرس التي هي بدل من
العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفا فاذا لم يصح التوكيل بالاستيفا فلا يصح التوكيل
بالاثبات ايضا وهذا حجة على ابي حنيفة ومحمد لا على الايمة الثلاثة **وقلنا** انه وكله بما يملك
مباشرته وهي الخصومة فصح توكيله وما يثبته ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف اليه الحد لان
وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها في الوجوب
والظهور والحكم لا يضاف الى الشرط المحض **قوله** وقول محمد مع قول ابي حنيفة وهو الاظهر
قوله لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل كما مر في النكاح **قوله**
من جانب من عليه الحد يعني اذا وكل المطلوب بالقصاص او القذف وكيلا بالخصومة في دفع ما يطالب

به **قوله** وكلام ابي حنيفة اي في التوكيل من جانب من عليه الحد اظهر لان التوكيل وقع هنا بدفع
دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على
الشهادة وشهادة النساء مع الرجال **قوله** لما فيه اي في الاقرار شبهة عدم الامر به اي بالاقرار
يعني لو حملنا الوكيل على الجواب فيجب ان يصح اقراره على الموكل وفي المبسوط لو اقر في مجلس القضا بوجوب
القصاص على موكله يصح قياسا لانه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق وفي الاستحسان لا يجوز لانا
التوكيل على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع مجاز وفي الحقيقة الاقرار ضد الخصومة
فيصير ذلك شبهة فيما يندرئ بالشبهات لا فيما يثبت مع الشبهات ولو وكل باثبات المال دون طلب
الحد في السرقة يجوز بلا خلاف لان المقصود المال • وفي الكافي ولا يجوز التوكيل باثبات حد الزنا
وشرب الخمر بالاتفاق لانه لا حق لاحد فيه وانما يقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان احد ساعيه لا
يصح توكيله اياه **قوله** الا برضا الخصم سواء كان التوكيل من جانب المدعي او من جانب المدعى عليه
ويستوي عنده الموكل اذا كان رجلا او امراة بكرا كان او ثيبا **قوله** وهو قول ابي يوسف ومحمد
قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وفي فتاوى قاضي خان كان ابو يوسف اولا يقول لا تقبل الوكالة
بغير رضا الخصم من الرجال وتقبل من النسا ثم رجع وقال تقبل من الرجال والنسا ويستوي فيه الوضيع
والشريف وهو قول محمد والشافعي وبه اخذ الصفار وقال الامام السرخسي اذا علم القاضي التعنت
من المدعي في ابا التوكيل تقبل التوكيل بغير رضاه وهو الصحيح عندي وان علم القصد الى الاضرار
من الموكل بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا تقبل **قوله** ولا خلاف في
الجواز وانما الاختلاف في اللزوم يعني هل يرتد الوكالة برد الخصم ام لا فعنده يرتد خلافا لهما
وفي فتاوى العتابي بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة وهو المختار ويستوي
فيه الوضيع والشريف فكان معنى قوله لا يجوز لا يلزم **قوله** في خالص حقه اي حق الموكل
وهذا لانه وكله اما بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فان الخصومة من جانب المدعي حق
الموكل حتى لا يجبر المدعى على الخصومة وكذا الجواب لانه اما انكار او اقرار كما في استيفا الدين
وايفايه وقبضه وتقاضيه • وله اي ولابي حنيفة انه قصد بهذا التوكيل الاضرار بخصمه فيما
هو مستحق عليه وهو الجواب فلا يملكه الا برضاه كالحوالة بالدين وهذا لان الحضور والجواب
مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في
هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يقصد بهذا التوكيل
ان يشتغل الوكيل بالحيل ليدفع الحصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم فعم توكيل بما هو خالص حقه
لكن لما كان يتصل به ضرر الغير لا يملكه بلا رضاه كمن استاجر دابة يركبها او ثوبا يلبسه لا يملك
ان يوجره لغيره وان كان يتصرف في ملكه وهو المنفعة لكن يتصل به ضرر بملك الغير وهو العين لان
الناس يتفاوتون في الركوب واللبس وكاحد شريكي العبد اذا كاتبه كان للاخر فسخه وان حصل
تصرفه في خالص ملكه لان الاخر يتضرر به بخلاف التوكيل بالقبض والايفا بان الحق معلوم الحقيقة
فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالاخر وكذا القاضي له حد معلوم يمنع الوكيل عن مجاوزته فلا يتضرر
به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد معلوم يعرف ذلك حتى يمنع الوكيل عن مجاوزته وبعضهم الحن
بحجته فيحال في الاثبات يتضرر الخصم فيشترط رضاه **قوله** ولهذا يستحضره اي للمدعي
ولاية احضار المدعى عليه الى مجلس القاضي يعلم ان الجواب مستحق عليه **قوله** غير مستحق عليهما
اي غير واجب على المسافر والمريض لعجز المسافر لغيبته وعجز المريض لمرضه فلا يملك الخصم احضارهما

لعجزهما فلا يكون في التوكيل اسقاط حق مستحق وفي فتاوى قاضي خان ثم المريض اذا كان لا يستطيع ان يمشي
على قدميه ولكن يمكنه بركوب الدابة او ايدي الناس فان ازداد مرضه بالركوب صح توكيله
بغير رضى الخصم وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قيل على الخلاف ايضا وقيل له ان يوكل بغير رضاه وهو
الصحيح **قوله** ليتحقق الضرورة اذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفي فتاوى
قاضي لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره او يسال عمن يريد
ان يخرج معه فيسال عن رفقائه كما في فسخ الاجاره **قوله** ولو كانت المراة مخدرة قال
البزدوي المخدره هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فراها كون
مخدره فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج وبمخالطة الرجال في الحوايج
يبعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول ويستحلفها احدهم ويشهد الاخران على حلفها وكذا في
المريضه اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجري في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في ادب
القاضي وذكر فيه وان كان بعث الى المخدرة والمريضه او الى المريض خليفه فيفصل الخصومة
هنالك يجوز لان مجلس الخليفه كمجلسه وان لم يكن للحاكم ان يستخلف بعث امينا ومعه امينين
يعرفان المريض او المراة حتى يمكنهما الشهاده على حلفهما • اما لو اقر المريض او المراه بدعوى الخصم شهد
الامينان على ذلك وقالا للمريض وكل وكيلا يحضر مع خصمك مجلس الحكم فاذا فعل يحضر الشاهدان
فشهدا عند القاضي بما اقر ولو جحد المريض ولم يحلف ونكل فامره ايضا ان يوكل وكيلا حتى يحضر مجلس
القاضي وشهدا عليه عند القاضي بحضرة من وكله بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى والزمه ذلك
قال شمس الائمة السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب حيث لا يشترط للقضا بالنكول ان يكون على فور
النكول • فاما غيره من المشايخ يشترطون القضا بالنكول ان يكون على اثر النكول فكيف يصنع على قولهم
اختلفوا **قيل** الامين يحكم عليها بالنكول ثم ينقل الشاهدان ذلك الى مجلس القاضي مع وكيلهما
فالقاضي يمضي ذلك فيكون هذا امضا لذلك الحكم **وقيل** ان القاضي يقول للمدعي اتريد
حكما يحكم بينكما بذلك ثمه فاذا رضي بعث امينا الى الخصم فيخبره بالحكم فاذا رضي بحكم الحاكم بينهما فان
كان حكمه شيا لا يختلف الفقها فيه نفذ وان كان فيه اختلاف يتوقف على امضا القاضي • وفي الذخيرة
ومن الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة الحيض في المراة اذا كان القاضي
يقضي في المسجد وهذه المسله على وجهين ان كانت الحايض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم وان
وان كانت مطلوبة ان اخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضى خصمه والا
يقبل • ولو كان الموكل محبوسا فهو على وجهين ان كان محبوسا في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا
رضا خصمه لان القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده الى السجن وان كان محبوسا في سجن الوالي ولا يمكنه الوالي
من الخروج يلزمه توكيله بغير رضا خصمه وهذا شي استحسنه المتاخرون والحقوها بالمريضة لعجزها
عن الادا بحجتها لمكان الحيا واختاروه للفتوى **قوله** ممن يملك التصرف اي التصرف الذي وكله به
وفي الذخيره هذا القيد وقع على قولهما لا على قول ابي حنيفة فان عنده شرط الوكاله كون التوكيل
حاصلا بما يملكه الوكيل وقد مر **فان قيل** يشكل بما لو قال رجل لغيره خذ عندي هذا وبعه
بعيدا او قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فانه من قال
لغيره بعتك هذا العبد او قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز ذكره في الذخيرة **قلنا**
يملك مباشرة بيع هذا العبد او شرايه اما اذا باعه بنفسه لا يجوز لجهالة الثمن او المبيع جهالة
مفضيه الى المنازعه • اما الجهاله لا يمنع التوكيل لانه ليس بامر لازم والمانع من الصحة المنازعة لا

نفس الجهالة ثم اذا صح التوكيل فان كان قد وكله بالشرا فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى
الموكل بنفسه وان اشترى عبدا بعينه ان كان ثمنه مثل قيمة هذا العبد او اقل بقدر الغبن اليسير يجوز
وان كان اقل بقدر الغبن الفاحش لا يجوز وكذا في جانب الوكاله بالبيع ذكره في الذخيرة **قوله** ويلزمه
الاحكام **قيل** هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه حتى يملك الوكيل بالشرا
المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن فلا يصح توكيل الوكيل غيره **وقيل** احتراز عن الصبي المحجور والعبد
المحجور فانهما لو اشتريا شيا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما **قوله** ممن يعقل العقد وفي
الذخيره يعرف ان الشرا جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن اليسير من الفاحش
ويقصده اي يقصد مباشرة السبب ثبوت الحكم ولا يكون هازلا فيه لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد من ان يكون من اهلية العبارة واهلية العبارة بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة
ومعنى وكل محدث يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالعقل والتمييز لان
كلام غير المميز كالحان الطيور **قوله** مثلهما جاز هذا غير منحصر في المثليه في صفة الحرية والرقيه
بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد الماذون الحر او مثله وبه كتوكيل الحر العبد الماذون
لان التقليل بقوله لان الموكل يملك التصرف والوكيل من اهل العباره يشمل الاوجه الثلاثه
من المثليه والفوقيه والدونيه **قوله** وان وكل صبيا محجورا الى اخره وعند الشافعي لا يجوز
ذكر في الوجيز يشترط في الوكيل صحة العباره وكذلك التكليف فلا يصح توكيل الصبي الا في الاذن
وايصال الهديه على راي وفي العبد المحجور له قولان لان الوكيل اذا ملك التصرف بنفسه يملكه نيابة
عن غيره وبه قال مالك والا لا ولياه ذكر في الكتاب بقوله لان الصبي من اهل العبارة وبقولنا قال
احمد **قوله** لا يتعلق الحقوق بهما كالقاضي والامين اشاره الى انهما لو كانا ماذونين يتعلق الحقوق
بهما لا بموكلهما ولكن فيه ذكره في الذخيره • الصبي الماذون في التجارة ان كان وكيلا بالبيع بثمن حال
او موجل لزمه العهدة وان كان وكيلا بالشرا ان كان بالشرا بثمن موجل لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا
بل العهده على الامر وذلك لان ما يلزم من العهدة ضمان كفاله لا ضمان ثمن لان الملك لا يفيد للصبي
في المشترى بل يلزم مالا في ذمته استوجبه مثل ذلك على موكله وهو معنى الكفاله ولا يلزمه ضمان الكفالة
وان كان الشرا بثمن حال لا يلزمه العهدة قياسا لا استحسانا ووجه الاستحسان ان ما يلزمه ضمان ثمن
لانه يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع
منه • والصبي الماذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن موجلا فانه لا يملك لا حقيقة
ولا حكما لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفاله من حيث المعنى • وفي الكافي فان كانا ماذونين
في التجارة لزمهما الثمن ورجعا به على الامر استحسانا ثم ذكر في جامع قاضي خان والمبسوط ان العبد المحجور
اذا اعتق يلزمه العهده والصبي المحجور اذا اعتق يلزمه العهده والصبي المحجور اذا بلغ لا يلزمه العهده
لان قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبا وانما لا يلزمه العهده لحق المولى وقد سقط بالعتق •
اما قول الصبي فليس بملزم في حق نفسه فلا يلزمه العهده بعد البلوغ ثم قبضهما الثمن وتسليمهما المبيع
معتبر وان لم يتعلق بهما الحقوق ويجي في فصل الشرا في الوكيل وفي المبسوط ان كان الوكيل مرتدا جاز
بيعه لانه من اهل عبارة معتبره ولكن يتوقف حكم العهده عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا
على الامر وبه قال الشافعي في وجه وعندهما العهده عليه على كل حال وبه قال الشافعي في قول
وهو نظير قولهم في تصرفات المرتد بيعا وشراء وقد مر في السير **قوله** او مجنون **قيل** في
حاشيه نسخة المصنف او محجور وفي متنها مجنون وفي بعض النسخ او عبد محجور ولهذا قال في الكافي

ثم اعلم انه صبي محجور او عبد محجور **قوله** عثر على عيب والجامع بينهما عدم الرضا **قوله**
محجور به يتعلق بالوكيل وعن هذا ذكر في الايضاح للوكيل ان يوكل غيره في الحقوق التي توجبها العقد
عليه ولو وكل الموكل لم يجز لان الوكيل اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير **قوله** وقال الشافعي
يتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد وصار كالرسول بان قال لاخر كن رسولي في بيع عبدي **ولنا** ان
الوكيل هو العاقد الى اخره اي الوكيل اصل في العقد كما لو عقد لنفسه لان العقد يقوم بالكلام وصحة
الكلام باعتبار كونه ادميا عاقلا اهلا للتصرف فقضيته يستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له
غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق والدليل
عليه انه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم الخصم لما استغنى عن ذلك كالرسول
وكالوكيل في النكاح حتى لو اضاف النكاح الى نفسه كان العقد له دون الموكل ● وفي التتمة وحقيقة
الفرق ان كل عقد يجوز ان ينتقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه كالعاقد لنفسه وكل عقد
لا يجوز ان ينتقل منه فالوكيل فيه سفير فموجب النكاح ملك البضع وهو لا يحتمل النقل وموجب
الشرا ملك الرقبة وهو يحتمل النقل منه فيجعل كان الوكيل ملكه بالشرا ثم ملكه من الموكل هذا على
طريقة الكرخي حيث يقول بان الملك يقع اولا للوكيل على سبيل الخلافة عنه وملك النكاح لا يحتمل
هذه الخلافة وملك المال يحتمل الا ترى ان يعقد العبد الملك لمولاه ويعقد المورث الملك لوارثه بعد موته
فلهذا كان الوكيل بمنزلة العاقد لنفسه في الحقوق وقال شمس الايمة السرخسي قول ابي طاهر اصح ولهذا لو
كان المشتري منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه وذكر الصدر الشهيد ان القاضي
ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى
الموكل يوافق الكرخي في حق الحقوق واما طاهر في حق الحكم وهذا احسن وهكذا ذكر في الايضاح **قوله**
ولهذا قال اي محمد في الكتاب اي الجامع الصغير والمبسوط **قوله** والملك يثبت فيه خلافة جواب
سوال مقدر وهو ان يقال لما ثبت الملك للموكل ينبغي ان يثبت الحقوق له كما قال الشافعي فاجاب
عنه بهذا وقال نعم يثبت له ابتدا لكن بطريق الخلافة عن الوكيل لا اصالة فكان الوكيل اصلا في الحقوق
فلذا اضاف الحقوق الى الوكيل وفي المبسوط الموكل خلف عن الوكيل في حق الملك كالعبد يتهب الهبة او يصطاد يثبت
الملك للمولى ابتدا هو الصحيح وهو احتراز عن قول الكرخي وقوله كما ذكرنا **قوله** وفي مسئلة الى
تفصيل نذكره اي في باب الوكالة بالبيع والشرا في قوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الى
اخره **قوله** لان الوكيل فيها سفير محض والسفير هو الذي يحكي عن الغير ومن حكى حكاية الغير
لا يلزم عليه حكم قول الغير كما لو حكى قذف الغير لا يكون قاذفا ومن حكى كفر الغير لا يكفر **قوله**
فصار كالرسول اي في باب البيع لان الحكم فيها اي في هذه العقود وهي النكاح وامثاله لا يقبل الفصل
عن السبب ولهذا لم يدخل فيها خيار الشرط لانها من قبيل الاسقاطات فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وعدم
اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانه مسقط لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة
اذ الحرية تستدعي اسقاط ورود الملك عليها الا ان الشارع اثبت نوع ملك عليها بالنكاح تحقيقا
لمعنى النسل له انقل عن العلامة شمس الايمة الكردري ولان الابضاع الحرمة وكان النكاح اسقاطا
للحرمة نظرا الى الاصل وفي الكافي وانما ثبت الملك عليها ضرورة التمكن من الوطي ولهذا لا
يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير فيما وراء ذلك هو اسقاط جريا على الاصل لان الحرية تنافي
الملك **قوله** فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره
فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر

ثم يجعل عنه اما على طريقة
ابي طاهر الدباس الملك
يقع للموكل ولكن
بعقد
الوكيل
صح

السبب

السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره خلافة وشدد بقوله اصالة اذ السبب يصدر من الوكيل نيابة
في النكاح **قوله** من اخواته العتق اي من اخوات الضرب الثاني العتق لان الحكم فيها اي في العقود
المذكورة ثبت بالقبض وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير وفي الايضاح وكل غيره ان يهب عبده
لفلان او يتصدق به عليه او يعيره او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امر به فهو جايز على
الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شي من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن
والقرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصلا
الا انه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك فاما التصرفات التي تقوم
بالقبول ولا تتوقف على القبض فالوكيل يجب ان يكون اصيلا فيه لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك
له الا انا فصلنا بين الحكم والحقوق فاظهرنا قضية الولاية الاصلية فيما يرجع الى الحقوق وفي هذه
العقود وان كانت تقوم باللفظ لكن الحكم لا يتاتى الا بالقبض والقبض يصرف في المحل ولا ملك له فيه
فلا يمكن ان يجعل اصلا بوجه ما **قوله** وكذا اذا كان من جانب الملتمس يعني لو كانت هذه الوكالة
من الملتمس لذلك يجوز وكله بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فالحكم والحقوق كلها يتعلق بالموكل
قوله وكذا الشركة والمضاربة اي الوكالة بالشركة والمضاربة يعني الوكيل فيهما يضيف العقد الى
الموكل لا الى نفسه الا ان التوكيل بالاستقراض باطل وقد ذكرنا وجهه بخلاف الرسالة فيه اي تصح
الرسالة في الاستقراض بان يقول ارسلني فلان اليك ويستقرض منك ويثبت الملك للمستقرض وفي الكافي
كان الوكيل بالاستقراض قياس الوكيل بالتكدي لان المستقرض يستلزم بدل القرض في ذمته ● ولو قال بع
شيا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال اقرض عشرة في ذمتك على ان يكون عوضه لي
فكان كالتوكيل بالتكدي فكان باطلا وما استقرض كان للوكيل وله ان يمنعها من الامر ولو هلك من ماله
قوله فله ان يمنعه خلافا للايمة الثلاثة لما ان الحقوق ترجع الى الموكل عندهم **قوله** فان
دفعه اي الثمن الى الموكل جاز بخلاف الوكيل في البيع الصرف فان هناك لو قبض الموكل بدل الصرف
لا يجوز لان بيع الصرف يتعلق بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ● ولو نيب للوكيل
حق القبول وقبل الموكل لا يجوز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز ● فاما قبض الثمن في
غير الصرف فليس بمنزلة الايجاب والقبول لما ان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه فيجوز
اليه اشار في الذخيرة ونقل من مختلف الرواية ان المشتري من الوصي لو دفع الثمن الى الصبي فللوصي
ان يرجع الى المشتري **قوله** ولو كان له اي للمشتري عليهما اي على الموكل والوكيل دين تقع المقاصة
بدين الموكل لا الوكيل لان المقاصة ابرا بعوض فيعتبر بالابرا بغير عوض ولو ابرا المشتري عن الثمن وخرج
الكلامان معا فالمشتري يبرا بابراء الامر لا بابراء المامور حتى لا يرجع الامر على المامور بشي فكذا ههنا
ولانا لو جعلنا قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضا اخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلنا قصاصا
بدين الموكل لا يحتاج الى قضا اخر فجعلنا قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة ولانا لو جعلنا قصاصا بدين
الموكل فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن بالاجماع ولو جعلنا قصاصا بدين الوكيل
اثبتنا حكما مختلفا فكان ما قلنا اولى كذا ذكره شيخ الاسلام وفي الذخيرة والتتمة ما ذكره شيخ الاسلام
يصير حيلة في موضعين فيما اذا كان لرجل على اخر دين ولا يوديه فيتوكل الداين عن الغير في شرا
عين من هذا المديون فاذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البايع وبين دين وجب للبايع على
الوكيل ثم الوكيل ياخذ الثمن من موكله والثاني ان يوكل رب الدين غيره بالشرا من المديون فيقع المقاصة
بين دين الموكل وبين ما وجب على الوكيل **قوله** ولكنه يضمنه اي لكن الوكيل يضمن الثمن في الفصلين

اي في فصل الابرا وفصل المقاصة ولا يقال ينبغي ان لا يجوز من الوكيل البيع مثل هذا البيع الذي
يوجب المقاصة بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه وكله بيع فصل الثمن اليه وههنا لا يصل فاذا
خالف ينبغي ان لا يجوز هذا البيع لانا نقول وصل اليه الثمن قبل البيع لانه بالبيع صار دينه قصاصا
بدين الامر بالاجماع كذا في الذخيره • وفي المبسوط قال ابو يوسف لا يجوز ابرا الوكيل المشتري عن
الثمن لانه تصرف في ملك الغير وبه قالت الايمة الثلاثة اذ الثمن ملك الموكل ولهما ان الابرا اسقاط
لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روا

باب الوكالة بالبيع والشرا ❁ فصل في الشرا

لما شرع في ابواب الوكالات قدم ما هو اكثر وقوعا ثم قدم فصل الشرا على البيع لان الشرا ينبي
عن الاثبات والبيع عن الازالة والازالة بعد الاثبات او الشرا يتحقق بالموجود والمعدوم والبيع
لا يتحقق الا في الموجود **قوله** بشرا شي اي غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة
فلابد من تسمية جنسه كالعبد والجارية اذ العبد جنس بلسان الشرع وكذا الجارية باعتبار
اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقها او جنسه اي تسمية
جنسه ومبلغ ثمنه وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه وقال في وجه لا يصح حتى يذكر نوعه و
قال احمد في روايه لكثرة التفاوت في الجنس وفي الصفه وعند ملك الشرط ان يكون معلوما
في الجمله **قوله** يكون ممتثلا وفيه خلاف احمد فانه يقول لا يصح هذه الوكالة العامة لانه
قد يشتري شيا لا يقدر على ثمنه وقلنا القدرة على ادا الثمن ما هو من شرط صحة العقد اذا
اشترى بنفسه فكذا في الوكالة **قوله** والاصل الى اخره في الكافي الجهالة ثلاثة انواع
فاحشه وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشرا الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان
بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ٢ ويسيره وهي جهالة النوع كالتوكيل بشرا الحمار والفرس
والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر المريسي
لا يصح الوكالة وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه لان التوكيل بالبيع والشرا معتبر
بنفس البيع والشرا فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه **ولنا** انه عليه السلام وكل حكيم
ابن حزام بشرا شاه للاضحية ولان مبنى الوكالة على التوسع فيحتمل فيها جهالة يسيره استحسانا
اذ في اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره ٣ وجهالة متوسطه وهي بين النوع والجنس
كالتوكيل بشرا عبد او امه او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويحمل ملحقا بالجهالة اليسيره وان
لم يبين الثمن او النوع كالتركي والهندي لا يصح ويلحق بالجهالة الفاحشه لانه يمنع الامتثال وهكذا
ذكر في المباسيط والجوامع وفي المبسوط وكان بشر ياخذ بالقياس الى ان نزل به ضيف فدفع درهما
الى انسان لياتي بالرووس المشوية فجعل يصفها فعجز عن اعلامه بالصفه فقال له اصنع ما بدا لك فذهب
الرجل واشترى وحملها الى عياله وعاد الى بشر بعد اكلها فقال له بشر ان ما قلت لك قال قلت لي
اصنع ما بدا لك وقد بدا لي ما فعلت فرجع عن قوله واخذ بالاستحسان **قوله** يجمع اجناسا
كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق **قوله** المولد في المعرب الذي ولد
في الاسلام **وقيل** العبد الذي تولد بين العرب ونشا بين الاسلام **قوله** وكذا اذا اعين
الثمن وفي الفوايد الشاهيه والخبازيه هذا اذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد لا يجوز
عند بعض المشايخ لبقا الجهالة الفاحشه **قوله** والسطه اي الوسط والسطه مع الوسط كالعده
والوعد والعظه والوعظ في ان التا عوضت في اخرها عن الواو والساقطة منها والهاء من المصدر والفعل

من جد ضرب **قوله** فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن للجهالة الفاحشه حتى لو اشترى كان
الشرا واقعا على الوكيل وبه صرح في نسخ الجوامع **قوله** وكذا الدار اي لا يصح التوكيل بشرا
الدار مطلقا **قوله** معناه نوعه اي معنى قوله ووصف جنس وتقييده بذكر نوع الدار تخالف
لرواية المبسوط فانه قال وان سمى ثمن الدار جاز لان بتسمية الثمن صارت معلومه عادة وبقيت
جهالة يسيره مستدركه والمتاخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة **قوله**
بان قال حمارا اي صح التوكيل بشرا الحمار وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما
بالتسمية وانما بقي الجهالة في الوصف فصح الوكالة بدون تسمية الثمن **فان قيل** الحمير
انواع منها ما يركبه العظما ومنها ما لا يصلح الا للحمل **قلنا** هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك
يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي لو امر بشرا حمار ينصرف الى ما يركب
مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز بخلاف ما لو امر الفاليزي بذلك كذا في
المبسوط **قوله** ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي طعاما قيد بالدفع لانه اذا لم يدفع الدراهم
وقال اشتر لي حنطة او شعيرا لم يجز لانه لم يبين المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات
كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيله مقصود الامر **قوله** ان العرف املك
اي اقوى وهو اي العرف على ما ذكرناه اي العرف يقع على شرا الحنطة ودقيقها في شرا الطعام وبايع
الطعام في الناس يبيع الحنطة ودقيقها لا بايع الفاكهه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا
في المبسوط ولا عرف في الاكل فبقي على حقيقته و **قوله** وقيل ان كثرت الدراهم الى اخره ليس بقول
يخالف للاول بل هو داخل في الاول اليه اشار في المبسوط والذخيره ثم حيث قال بعد ذكر ما قلنا ثم
ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت لا يشتري الخبز لان ادخاره غير ممكن وفي الذخيره ينصرف
التوكيل الى الحنطه استحسانا ويحكم الدراهم في تعيين واحد منها فان كانت قليله يحب ان يشتري بها الا الخبز
ينصرف الى الخبز • ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم ان مراده الخبز وان كثرت
الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الامر ثم قال ما ذكره من انصراف الطعام الى الحنطه
ودقيقها عرف اهل الكوفه فان سوق الحنطة ودقيقها سوق الطعام عندهم فاما في عرف غيرهم الى شرا
كل مطعوم حتى قال مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ
او المشوي ونحوه ينصرف اليه دون الحنطة ودقيقها والخبز قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى
قوله فله اي للوكيل ان يرده بالعيب ولا خلاف فيه للايمة الاربعة ولا في فيه اي في الرد بالعيب
الطالبين اي يد الموكل ولهذا كان اي الوكيل خصما **قوله** وغيره اي غير الشفيع كمن يدعي استحقاق
المبيع • وفي الذخيره لو رضي الوكيل بالعيب في هذه الصورة وابرا البايع عنه صح عندهما كما ذكرنا وعلى
قول ابي يوسف اختلف المشايخ قال عامتهم يصح ابراوه عن العيب دون الثمن والفرق ان الوكيل
بالبيع والشرا اصيل من وجه فاعتبر بجهة الاصالة في حقوق لا تضر بالموكل نحو المطالبه بتسليم المبيع
والثمن وما اشبه ذلك واعتبر بجهة النيابة في حقوق تضر بالمالك والابرا عن الثمن تضر بالمالك
لان قبل هذا كان الثمن في ذمة المشتري وبعد الابرا في ذمة الوكيل وربما يكون المشتري املا • اما
الابرا عن العيب لا يضر بالموكل لانه لا يثبت في حق الموكل بعد الابرا الا ما كان ثابتا قبل الابرا **فان
قيل** الابرا للموكل خيار الرضا بالعيب وعدم الرضا يلزم الوكيل وهذا الخيار باق بعد الابرا عن
العيب فيعمل في هذا ابطال المالك وانما كان للموكل هذا الخيار بعد رضى الوكيل بالعيب لان الثابت في
حق الحقوق وعقده ان يقدر او رضى الوكيل به يوجب بطلان الرد في عقده اما لا يوجب بطلان في عقد

الموكل وبه قالت الايمة الثلاثة ان للموكل ان لا يرضى بالعيب **قوله** لانه عقد يملكه بنفسه
فيملك التوكيل على ما مر في اول باب الوكالة ويرد عليه مسئلة الاستقراض فانه يملك الموكل ولا
يملك التوكيل وكذا يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه شبهة فان المسلم اليه لو باشره بنفسه
لقبول السلم يجوز ولو وكل غيره لا يجوز **قوله** ومراده التوكيل بالاسلام يعني يصح ان يوكل رب
السلم غيره بان يعقد عقد السلم يجوز اما لو وكله المسلم اليه بقبول المسلم فيه لا يجوز فانه لو صح ذلك
يجب ان يبيع الوكيل طعاما في ذمة نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو رب السلم وذلك لا يجوز لان
من باع ملك نفسه في الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واذا بطل التوكيل
من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك
له وما سلمه الى الامر كان قرضا عليه كذا في المبسوط **فان قيل** قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة
الغير كما في الوكيل بالشرا فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فينبغي ان يجوز
فيما نحن فيه لجامع معنى الذمة فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم كالثمن **قلنا** المسلم فيه دين
له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز
ثمة الجواز ههنا • وفي الذخيرة الوكيل بقبول السلم يوكل بما لا يملك بنفسه بقضية الاصل
لان قبول السلم بيع ما ليس عند الانسان وبيع ما ليس عنده لا يملكه بنفسه فكان القياس ان لا
يجوز لو قبل الموكل بنفسه في السلم • والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده لحاجة لا في الامر
ببيع ما ليس عنده بخلاف التوكيل بالشرا حيث يصح وان لم يكن الثمن في ملكه لان الشرا بما ليس
عند الانسان جائز على وفق القياس فكان الامر به جائزا على وفق القياس **قوله** لوجود
الافتراق من غير قبض وذكر شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد اما اذا كان حاضرا
في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل **قوله** فيصح قبضه اي
قبض الوكيل ببدل الصرف وان كان لا يتعلق به الحقوق اي وان كان الوكيل لا يتعلق به الحقوق
وان للوصل وهذا جواب سوال يرد على اصل الوكالة فان الصبي والعبد المحجورين اذا توكلا
يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم على ما مر فكيف يتعلق ههنا بهما التسليم
والتسلم في بدل الصرف وهما وكيلان فيه حتى يبطل الصرف بمفارقتهما قبل القبض فاجاب عنه
ان قبضهما صحيح وان كان لا يلزمهما الحقوق لان القبض في الصرف من تتمة صحة العقد فيصح ممن
يوجد عنه العقد **قوله** بخلاف الرسول اي في باب الصرف وفي باب السلم وفي بعض النسخ
الرسولين اي الرسول في الصرف والرسول في السلم لا الرسول من الجانبين في الصرف والسلم
لان الرسول من جانب المسلم اليه لا يجوز كالوكيل من جانبه حيث لا يصح قبضهما ويعتبر قبض المسلم
قوله فلم يصح اي لم يصح قبض الرسول **قوله** انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل
مبادلة اي بيع **قوله** فيرجع عليه اي يرجع الوكيل على الموكل بالثمن وبه قال الشافعي في وجه
لما كانت اليه اي الى الوكيل • يكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي مال الوكيل فاذا
دفعه الوكيل بسبب امر الموكل اياه بالشرا كان الموكل راضيا ايضا برجوع الوكيل عليه بما ادى
ولم يسقط الثمن ولا خلاف فيه للايمة الثلاثة لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل لانه امينه **قوله**
يصير الموكل قابضا اي حكما بيده اي بيد الوكيل وله اي للوكيل ان يحبسه اي المبيع حتى يستوفي
الثمن سواء دفع الوكيل الثمن الى البايع او لم يدفع كذا في المبسوط وقالت الايمة الثلاثة ليس له حبسه
وعن الشافعي في وجه اذا نقد الثمن له حبسه وفي الذخيرة لم يذكر محمد في شيء من الكتب ان للوكيل

حبس المبيع قبل نقد الثمن وحكي عن الامام الحلواني ان له ذلك لما ان حق الحبس لاجل بيع حكمي بين
الموكل والوكيل وفي هذا لا يختلف الحكم بين النقد وعدمه **قوله** قابضا بيده اي بيد الوكيل بدليل
ان هلاكه في يد الموكل وكانه قبضه حقيقة ثم دفعه الى الوكيل فكان المقبوض امانة في يد الوكيل
وليس للامين حبس الامانة بدينه على صاحبها تشريحه ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل
حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما وقلنا الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري فكان
له حق الحبس كالبايع ولا يسقط هذا الحق بمجرد الوقوع في يده لانه لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل
الى الحبس ما لم يقبض وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار
رضاه بتسليمه ولا بد منه فيما لا يمكن التحرز عنه اليه اشار في المبسوط وهذا معنى قول الشيخ **قلنا**
هذا لا يمكن التحرز عنه اي هذا القبض لا يمكن التحرز لما ذكرنا انه لا يتوسل الى الحبس الا به • واما
قوله ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل حكما فقلنا ليس كذلك بل قبضه موقوف بين ان يكون
تتميم قصد الموكل وبين ان يكون لاجل حاجة نفسه فاذا حبسه تبين ان قبضه لاجل حاجة نفسه فلم يكن الموكل
قابضا حكما او نقول هذا قبض لا يملك الاحتراز عنه كما ذكرنا فلا يسقط حقه للضرورة **قوله** فان
حبسه اي الوكيل فهلك في يده بعد حبسه ضمنه ضمان الرهن عند ابي يوسف حتى لو كان قيمته وفاء بالثمن
يسقط والا رجع بالفضل على الموكل وضمان المبيع عند محمد وابي حنيفة قلت قيمته او كثرت وضمان الغصب
عند زفر وبه قالت الايمة الثلاثة اي يضمن بالمثل سواء كان مثل الثمن او اقل او اكثر وتظهر ثمرة الاختلاف
فيما اذا كانت قيمته عشرة مثلا والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند ابي يوسف ولا يرجع
احدهما على الاخر عند زفر وعند ابي حنيفة ومحمد ايضا ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر
يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شيء عليه عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف **قوله** مضمونا
بالحبس بعد ان لم يكن يعني لم يكن مضمونا في الابتدا كما قال زفر وانما صار مضمونا بالحبس بخلاف المبيع فانه
مضمون في الابتدا بالثمن لا بواسطة الحبس **قوله** وههنا لا ينفسخ اصل العقد بل يبقى بين الوكيل
وبايعه فلا يكون نظير البيع **قوله** كما اذا رده اي الموكل الى الوكيل بعيب ورضي بالعيب الوكيل
فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بين الموكل والوكيل وفي المبسوط والدليل على ان هذا الحبس ليس
نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت في النصف الشايع فيما يحتمل القسمة وانما ثبت ذلك بحكم البيع فعلم
انه كالمبيع **فان قيل** لما ثبت المبادلة الحكمية بين الوكيل والموكل فينبغي ان لا يثبت الاجل
الثابت في حق الوكيل في حق الموكل كما انه لا يثبت الاجل الثابت في حق المشتري في حق الشفيع مع انه ثبت
المبادلة الحكمية بين الشفيع والمشتري فما وجه الفرق **قلنا** ذكر في المبسوط ان الوكيل يستوجب
على الامر مثل ما وجب للبايع عليه بصفته وهو الاجل في حقه بخلاف الشفيع فانه يتملكه بعقد
جديد سوى عقد المشتري فالاجل المذكور في عقد لا يثبت في عقد اخر وههنا الموكل انما يتملك
المبيع بذلك العقد الذي باشره الوكيل فيثبت في حقه ما ثبت في ذلك العقد **فان قيل**
لو كان مباشرة الوكيل ههنا كمباشرة الموكل لوجب ان يبرأ الموكل من الثمن بابرا البايع الوكيل
عن الثمن ولم يبرأ حتى يرجع الوكيل بعد الابرا على الموكل كما في الكفيل فانه لا يرجع على الاصيل بعد
الابرا **قلنا** ابرا الوكيل عن الثمن انما لا يمنعه من الرجوع لانه يثبت حق الرجوع ثبت له بالشرا
لا بالادا بخلاف الكفيل لانه يثبت حق الرجوع له بالادا او بتملكه ما في ذمته وبالابرا لا يحصل
ذلك كذا في المبسوط وفيه ولو هلك المبيع قبل حبسه تقرر الثمن على الموكل لان الوكيل في القبض
عامل للامر وللوكيل ان يرجع عليه بالثمن **فان قيل** يعني ان هلك في يد الوكيل مضمونا

حبسا ولم يحبس لانهما كالبايع والمشتري والمبيع يهلك مضمونا على البايع فينبغي ان لا يرجع الوكيل
بالثمن **قلنا** الوكيل بايع في حق الحقوق ورسول في حق الملك وفعل الرسول كفعل المرسل فمن
حيث انه بايع اذا حبس هلك مضمونا بالثمن ومن حيث انه رسول هلك امانه اذا هلك قبل الحبس
توفيرا على الشبهين حظهما بقدر الامكان **قوله** من لحم ساع عشره ارطال بدرهم اي اذا كانت
عشره ارطال من ذلك اللحم ساوى قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشره الارطال
منه لا تساوي درهما ينفذ الكل على الوكيل بالاجماع ذكره في الذخيره **قوله** لزم الموكل عشره
بنصف درهم **فان قيل** ينبغي ان لا يلزم العشره عنده بنصف درهم ايضا لان هذه العشره
ثبت ضمنا لا قصدًا وهو قد وكله بشرا عشرين قصدا كما لو وكله بطلاق امراته واحده فطلقها
ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث اذ المتضمن لم يثبت فلا يثبت المتضمن **قلنا** ذاك في
الطلاق انه لم يثبت المتضمن وهو الثلاث فلم يثبت المتضمن وهو الواحد وفي الشرا ثبت المتضمن وهو العشرين
ثبت ما في ضمنه الا ان الوكيل خالف الموكل لكن هو مخالفه الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن متوزع على
اجزا المبيع فحينيد كان الكل مقصودًا فلا يتحقق الضمن في الشرا كذا في العلامه مولانا حميد الدين رحمه الله
قوله وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري **قوله** لم يذكر الخلاف في الاصل اي المبسوط حيث
قال لزم الامر عشره بنصف درهم والباقي للمامور **قوله** فقد شرا وما عليه اي شرا الزياده على
الوكيل وشرا العشره على الموكل **فان قيل** يشكل بما امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشره فاشترى
له هرويين بعشره كل واحد يساوي عشره لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل عند ابي حنيفه ذكره
في الذخيره ناقلا عن المنتقى **قلنا** اللحم من ذوات الامثال لانه موزون كذا اختاره محمد لا
يتفاوت في القيمه اذا كانت من جنس واحد وصفه واحده وكلامنا فيه اما الثوب من ذوات القيم
فيبقى حق الموكل مجهولا لان القيمه تعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الوكيل فلا يدري ايهما يخصه
بحصته من العشره اليه اشار في التتمه وفيه نوع تامل **قوله** فليس له ان يشتريه لنفسه
اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشرا للموكل وفي التتمه سوا نوى عند العقد الشرا لنفسه او صرح
بانه يشتريه لنفسه وهذا اذا لم يعين الثمن فان عينه واشتراه باكثر مما سمى لزم المشتري لان هذا الشرا
غير داخل تحت الوكاله لانه خلاف الى شر شه وما لم يدخل تحت الوكاله فالحال فيه بعد الوكاله
كالحال قبلها وفي الذخيره وضع المسله في العبد فقال شراوه داخل تحت الوكاله من كل وجه فمتى
اتى به على موافقه الامر وقع الشرا للموكل نوى او ينو **قوله** ولان فيه اي في الشرا لنفسه عزل
نفسه فيما يوافق امر الامر اذ عزله يكون بالخلاف لا بالوفاق فلا يعمل قصده لان الوكيل لا يملك
عزل نفسه عند غيبة الموكل ولا يخرج عن الوكاله بعزل نفسه بل يخرج عنها بالخلاف وفي الذخيره
هذا اذا لم يعين الثمن اما اذا عينه فاشتراه باكثر منه او بجنس اخر لزم المشتري لا الامر لان
هذا الشرا ما دخل تحت امره لانه خلاف الى شر فالحال فيها كالحال قبل الوكاله فيقع الشرا للوكيل
وهذا بخلاف ما لو امره بنكاح امراه بعينها بمهر معين فنكحها الوكيل لنفسه يقع عنه لا عن الامر لان
النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت الامر اذ الامر امره بنكاح مضاف اليه وقد اتى بنكاح مضاف
الى نفسه فان الوكيل بالنكاح يضيفه الى الموكل وفي الشرا مامور بالشرا مطلقا لا مضافا الى الامر فقد
اتى بما دخل تحت الوكاله فيقع لموكله **قوله** فلم يخالفا **فان قيل** يشكل بما لو وكل الوكيل
بطلاق او اعتاق لاخر فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضره الوكيل الاول لا يقع ذكره في الذخيره والتتمه
قلنا ان الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لان العمل بحقيقه الوكاله متعذر لان التوكيل ليعوض

الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي والطلاق المعوز او العتاق المفرد لا يحتاج
الى الراي فلما تعذر العمل بحقيقه الوكاله جعلناها مجازا عن الرساله لان الوكاله يتضمن معنى
الرساله والرسول ينقل عباره المرسل فصار المامور مامورًا بنقل عباره الامر اما البيع وغيره
مما يحتاج فيه الى الراي فيعمل بحقيقه الوكاله كذا في الذخيره • وما قيل في بعض الفوايد في جواب هذا
السوال ان الطلاق او العتاق قابل للتعليق فكان الموكل الاول جعل شرط وقوع الطلاق او العتاق عباره
الوكيل الاول فلا يقع بعباره الوكيل الثاني وان حضر بخلاف البيع ونحوه فانه من الاثباتات فلا يحتمل
التعليق بالشرط فلم يكن البيع معلقا بعباره الاول بل المراد منه وجود البيع ونحوه برايه وعلمه وقد
حصل لكن هذا الجواب منتقض بمسئلتين احدهما لو وكله بطلاق امراته فابى ثم طلقها لم يقع
لان الوكاله ترتد بالرد فلو كان الوكيل بالطلاق معلقا للطلاق بعباره لما صح الرد منه وثانيهما
لو عزل الوكيل بالطلاق يصح فلو كان هذا تعليقا بعبارته لما صح عزله ذكر المسئلتين في المبسوط
قوله وكله بشرا عبد بغير عينه قيد به لما ذكرنا انه اذا وكله بعبد بعينه لا يشتريه لنفسه حتى
لو اشتراه يقع للامر **قوله** الى دراهم الامر كان للامر وفي المبسوط وضع المسله في الدنانير
ثم قال **فان قيل** الشرا لا يتعلق بتلك الدنانير بعد ما تعين الدراهم والدنانير في العقود
والفسوخ وكان شرا الوكيل بها وبغيرها سوا **قلنا** لا نقول يتعلق الشرا بتلك الدنانير وانما
يتقيد الوكاله بها وهما يتعينان في الوكالات ولهذا لو هلك قبل الشرا بها بطلت الوكاله فاذا تعلقت
الوكاله بها لم يكن الشرا بغيرها من موجبات الوكاله على ان الشرا قد يتعلق بالدنانير المضافا اليها
نوع تعلق ولهذا لو اشترى بالدنانير المغصوبه ونقد منها لم يطب له الفضل بخلاف ما اذا اشترى
بغيرها ونقدها **قوله** دون النقد من ماله اي من مال الموكل لان فيه اي في النقد من ماله
تفصيلا بعد ان يشتريه بدراهم مطلقه ان نقد من مال الموكل كان الشرا للموكل وان نقد من مال
نفسه كان الشرا له • وخلافا يعني اذا اشترى بدراهم مطلقه وتصادقا على ان لم يحضره النيه وقت
الشرا قال محمد العقد للوكيل وعند ابي يوسف يحكم النقد على ما يجي **قوله** وهذا بالاجماع اي
لو اضاف العقد الى مال الموكل بالاجماع وبه قال الشافعي وهو اي قوله او يشتريه بمال الموكل
مطلق غير مقيد بانه اضاف العقد الى ماله وقت الشرا او لم يضف فيحمل ذلك على هذا القيد **وقوله**
حملا لحاله اي حال الوكيل تعليل للمسله الاولى وهي ان يضاف العقد الى دراهم الامر يعني لما
اضافه ينبغي ان يقع العقد له لانه لو لم يقع كان واقعا للوكيل واذا وقع العقد للوكيل كان غاصبا
لدراهم الامر وهو لا يحل شرعًا **وقوله** او يفعله عاده عطف على قوله يحل له يعني ان العاده جرت
بان الشرا اذا كان مضافا الى دراهم معينه يقع الشرا لصاحب الدراهم فلو وقع الشرا لنفسه
كان حملا لامره على خلاف العاده وهو ايضا لا يصح لان الاصل هو الوفا بالعادة **قوله**
وان تكاذبا اي في النيه وفي بعض النسخ وان تكاذبا في النيه بان قال الامر نويت لي وقال الوكيل
نويت لنفسي لانه اي النقد دلاله ظاهره على ما ذكرنا من حمل امره على ما يحل او على وفق العادة
قوله يحمل الوجهين وهو ان يقع الشرا للامر او لنفسه **قوله** مع تصادقهما يعني على انه
لم تحضره النيه للامر بان نواه له ثم نسيه وفيما قلناه اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال
الوكيل على الصلاح وهو ان لا يكون الوكيل غاصبا على تقدير النقد من مال الامر **قوله** على هذا
الوجوه اي وفاقا وخلافا وانما ذكر هذا مع ان حكمه يستفاد من التوكيل بالشرا تبعا لقول بعض
مشايخنا حيث قالوا في مسله الشرا اذا تصادقا على انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا

ولا حكم النقد وانما خلاف ابي يوسف في مسئلة الوكيل بالاسلام لان للنقد تأثيرا في عقد
السلم فانه اذا لم ينقد راس المال بطل السلم فاذا اجمل من له العقد تبين له بالنقد اما لا اثر للنقد
في عقد الشرا فلم يتبين بالنقد من له العقد فاعتبرنا العقد عملا بقضيته الاصل كذا في الذخيرة
وقلنا الخلاف في الكل حملا لحاله على الصلاح كما ذكر في المتن وفرق ابو يوسف بين المامور بالحج
وبين المامور بالشرا فانه اذا اطلق النية عند الاحرام يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة لا
تتادى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن الامر ولم يفعل فصار مخالفا • اما في المعاملات
النية ليست بشرط فلا يصير بترك النية مخالفا فبقي حكم عقده موقوفا على النقد كذا في المبسوط
قوله فالقول قول الامر هذا اذا لم يدفع الثمن فالقول له وبه قال الشافعي في وجه
واحمد في رواية وقالا في وجه اخر وفي رواية اخرى للمامور لانه امين في الشرا وان كان دفع اي
الامر اليه اي الى الوكيل فالقول للمامور ولا خلاف فيه قوله اخبر عما لا يملك اي لا يقدر
على انشايه اي انشاء العقد اذا العبد ميت ومن اخبر عما لا يقدر انشاه في الحال لا يكون القول
له كما لو قال راجعت ان كانت العدة باقية يصدق لانه يملك انشاه والا فلا كذا ههنا قوله
وهو الرجوع باليمين وانما لم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن
على الامر وكان ذكر المسبب واراد السبب وهو جايز لان الرجوع بالثمن مختص بالشرا لاجل الامر
قوله يملك استيناف الشرا اذا العبد حي والحي محل للشرا فيملك ان يشتريه في الحال للامر
فان قيل الشرا لا يتوقف بخلاف البيع ولما وقع شراوه اولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل
قلنا يمكن ان يتفاسخ الوكيل بالشرا مع بايعه ثم يشتريه لاجل الموكل قوله تبعا لذلك
اي يقبل قول الوكيل اشتريت لك عبدا ومات عندي تبعا لخروج الوكيل عن عهدة الامانة
اللتي هي الالف المنقودة • ولا من في يده ههنا اي فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود فلم
يوجد المتبوع وهو كون الوكيل امينا فلا يوجد التبع وهو قبول قوله بطريق التبعية لخروج
الوكيل عن عهدة الامانة فلذلك لا يقبل قوله ههنا قوله ولا تهمة فيه هذا تعليل ابي حنيفة
فان الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة مع انه يملك استيناف النكاح في الحال
وكان قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي يوسف ومحمد
وكانت المسئلة متفقة مع اختلاف التخريج ويمكن ان يقع قوله لا يملك استينافه قول الكل والفرق
لابي حنيفة ان اقرار الولي بتزويج الصغيرة عند عدم الشهود فحينئذ لا يملك انشاه شرعا بدون
الشهود اما لو كان عند الشهود يقبل قوله ايضا عنده فيكون قوله مطردا في المسئلتين قوله
في حال غيبته قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك على مامر من قوله الا بمحضر من الموكل قوله
على ما ذكرنا لابي حنيفة وهو قوله لانه موضع تهمة الى اخره وفي جامع قاضي خان وهذه المسئلة على
وجهين اما ان امره بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان كان الثمن منقودا او
غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قايما او هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول
للوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهدة الامانة وبه قالت الايمة الثلاثة قوله
فان فلانا يا خذه اي له ولابد الاخذ لان قوله السابق اي قول المشتري السابق وهو قوله بعني هذا
العبد لفلان فلا ينفعه الانكار اللاحق لانه مناقض ولا قول للمناقض فان قيل قوله بعني لفلان
يحتمل ان يكون بشفاعة فلان كما قال محمد لو ان اجنبيا سلم تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك
بطل شفعته استحسانا كانه قيل سلمتها اي الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك ولهذا لو قال

الشفيع ذلك بغير سبق سوال التسليم لا يصح التسليم بوجه ما ذكرنا قوله ان بعت ثوبا لك وانما
حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسوال الاسقاط وما نحن فيه ليس كذلك كذا
في الفوايد الظهيرية قوله الا ان يسلمه المشتري وروي المشتري بكسر الرا وفتحها فعلى الكسر يكون
المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون الفعل الثاني محذوفا وهو اليه اي الا ان يسلم الفضولي
العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو
فلان والفاعل مضمر اي الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشتري له وهو فلان وهذا الاستثنا من قوله
لم يكن له اي لم يكن له الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت
بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجارة تلحق الموقوف دون الجايز وهذا
عقد جايز نافذ على المشتري كذا في جامع شمس الايمة السرخسي قوله وعليه العهدة اي على فلان الا
العهدة اي عهدة الاخذ بتسليم الثمن قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي دال على هذا وهو ان
الضمير في وعليه راجع الى فلان وبه صرح في جامعي شمس الايمة وقاضي خان قوله وهو المعتبر
اي التراضي المعتبر في باب البيع بقوله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض وفي بيع التعاطي التراضي
تام وان لم يتلفظا بلفظ البيع والشرا وقد مر بيان الاختلاف فيه في البيوع قوله فاشترى
احدهما جاز اي اشترى بمثل القيمة او بما يتغابن الناس فيه جاز وقوله لانه توكيل بالشرا
احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة اما التوكيل بالشرا لا يحتمل
الغبن الفاحش بالاجماع وقوله وهذا كله بالاجماع احترازا عما ذكرنا من التوكيل بالبيع ومن
التوكيل بشرا العبدين باعيانهما وهي المسئلة الثانية قوله وان اشترى باكثر لم يلزم الامر قلت
الزيادة او كثرت عند ابي حنيفة قال شيخ الاسلام قال بعض المشايخ ليس في المسئلة اختلاف
في الحقيقة فان قول ابي حنيفة محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس فيها
فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس فيها يجوز بالاتفاق لانه لا تسمية في حق هذا الواحد
كما لو وكله بشرا عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس جاز كذا ههنا
قال شيخ الاسلام والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابي حنيفة وفصل
على قولهما قوله استحسانا قيد به اذ في القياس لا ينفذ على الامر لانه صار مخالفا والشرا مما
لا يتوقف فينفذ عليه وهو قياس قول الايمة الثلاثة وجه الاستحسان ان الامر صرح بتحصيل
العبدين بالف والتنصيف ثابت بدلالة كلامه لما مر فاذا اشترى الباقي بما بقي حصل اولا
الصريح وامكن العمل ومع امكان العمل لا معنى للعمل بالدلالة وهو انقسام الالف عليهما بطريق
الدلالة ذكره المحبوبي وهذا معنى قول الشيخ وقد حصل غرضه المصرح به الى اخره يعني لو
نظرنا الى صريح كلامه وهو تحصيل العبدين بالف يعني ان يلزم كلاهما على الامر ولو نظرنا الى
تقسيم الالف عليهما دلالة لا يلزم فعلمنا بالصريح لانه فوق الدلالة وقلنا الشرا قد يتوقف اذا
لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشرا عبد اذا اشترى نصفه وشرا الصبي والعبد المحجور والمرتد
كذا قيل وفيه نوع تامل قوله وقال ابو يوسف ومحمد هو اي العبد لازم للامر في الوجهين وبه
قال الشافعي واحمد واصل هذا ان التوكيل بالشرا اذا اضيف الى دين على الوكيل فان كان البايع
متعينا او المبيع معينا صح بالاجماع وان لم يكن كذلك فهو على الخلاف قوله اذا امره ان يسلم ما
عليه اي بعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اي بعقد عقد الصرف من غير تعيين من يسلم اليه
ومن يعقد عقد الصرف بان قال اسلم او اصرف ما لي عليك في كذا كان على الاختلاف اما لو قال اسلم

مال عليك الى فلان يصح بالاجماع وانما خصها نفيا لوهم من يتوهم فانه لا يجوز التوكيل فيهما لاشتراط
القبض في المجلس **قوله** فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يضفه الى ما عليه والتقييد بالاضافة
الى ما عليه سوآء وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين فانه يجوز وكذا لو اجر حماما او
دابة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او بان يشتري بالاجرة عبدا او يسوق الدابة وينفق عليها
فصار هذا كما لو كان البايع او المبيع معينا ولابي حنيفة ان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين
والامر بنفسه لا يملك ذلك فكذا لا يملك الامر به بخلاف ما لو عين البايع او المبيع فان البايع
يصير وكيلا عن الامر بقبض الدين لانه معلوم فيكون تمليك العين اذ البايع يصير قابضا لصاحب
الدين ثم يصير قابضا لنفسه ومتى ابهم البايع او المبيع يكون البايع مجهولا والمجهول لا يكون وكيلا
كما لو قال ادفع مالي عليك من الدين الى من شئت او قال القه في البحر كان باطلا. واما مسئلة
التصدق وان كان مجهولا فانه انما ينتصب وكيلا عن الله تعالى في قبض حقه والله تعالى علمه محيط
بكل شي فيكون الفقير الذي قبضه معلوما له تعالى. واما مسئلة الحمام ونحوها قيل ذلك قولهما وليس
كذلك بل قول الكل فانما جاز ما عنيناه للضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فجعلنا الحمام قايما
مقام الاجر في القبض. واما مسئلة التصادق **قلنا** ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشرا
عينا او دينا ولكن يتعين في الوكالات فلما لم يتعين في الشرا لم يبطل الشرا ببطلان الدين كذا ذكره
المحبوبي والمرغيناني وقاضي خان **قوله** انها اي الدراهم والدنانير يتعين في الوكالات
قال شيخ الاسلام يتعين بعد القبض اما قبل القبض لا يتعين بلا خلاف ذكره محمد في الزيادات كذا
في الذخيرة **قوله** ثم استهلك اي الامر او الوكيل وقيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان
الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضي خان في فتاواه او اسقط اي الموكل الدين بابرائه
عن الدين بعد التوكيل بشرا العبد به بطلت الوكالة **فان قيل** ينبغي ان لا يبطل الوكالة لانها
لما لم يصح مضافة الى هذا بسبب انه تمليك الدين من غير من عليه الدين بقيت الوكالة مطلقة
قلنا الوكالة ما صدرت مطلقة بل مقيدة بهذه الدراهم لان الولاية انما يستفاد من
الامر والامر قيد الوكالة بهذه الدراهم التي هي دين ثم تبطل الوكالة اصلا ببطلان الدين
قوله الا ما يقبض قبله اي قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادى ملكه
المديون الى رب الدين او البايع ملك المديون فكان امره للوكيل بالدفع الى البايع امرا بما لا
ولا يصح اليه اشار في المبسوط **قوله** بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا بقبضه فيجوز كما
ذكرنا **فان قيل** فعلى هذا لو اشترى شيئا بدين على اخر ينبغي ان يجوز وحيث لا يجوز وان امكن ان
يجعل البايع وكيلا في القبض لكونه معينا **قلنا** عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء
الثمن على الغير ولان البايع لو صار وكيلا بالقبض فانما يصير في ضمن المبايعة فلا بد ان يسبق المتضمن
بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل يثبت بامر الامر وانه يسبق الشرا **قوله** فالقول قول المامور ولا
خلاف فيه للائمة الاربعة **قوله** لانه يخالف اي الى شر لان المامور بشرا امة تساوي الفا لا
يملك شرا امة تساوي خمسمائة فيلزم الامة المامور ويضمن الالف **قوله** فللمخالفة لانه امر
ان يشتري جارية تساوي الفا وقد خالف الى شر فيلزم المامور **قوله** معناه يتحالفان وانما ذكر
هذا لدفع شبهة ذكرها في بعض شروح الجامع الصغير وهي **فان قيل** لما كانت الجارية تساوي
الالف ينبغي ان يلزم الامر سوآء قال الوكيل اشتريتها بالف او باقل لانه وافق امر الامر وكذا لو قال
اشتريتها بخمسماية لانه خلاف الى خير **قلنا** المراد بقوله القول للامر انهما يتحالفان لانهما نزلا

منزلة البايع والمشتري وقد اختلفا في مقدار الثمن وهو يوجب التحالف فاذا احلفا كانت الجارية
للمامور لان بعد التحالف يفسخ العقد الذي جرى بين الامر والمامور كذا في جامع قاضي
خان وصدر الاسلام وغيرهما وقال الشافعي في قول واحمد في رواية القول للامر وان كانت
تساوي الفا اذا لم يعين الالف وان عين بان قال اشترها بالف فالقول للمامور بلا حلف وقال
في قول وفي رواية القول للمامور في الصورتين وقد مر فالقول للمامور مع يمينه وبه قال الائمة
الثلاثة **قوله** قيل لا يتحالف وهو قول ابي جعفر الهندواني لارتفاع الخلاف بتصادق البايع
والوكيل فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا عقد ولو انشا العقد لم يرد الجارية للامر فكذا هنا وانما اوجبنا
التحالف فيما سبق ثم يرد الامة على المامور لان البايع ثمة غايب فاعتبر الاختلاف وههنا حاضر
قوله وقيل يتحالفان وهو قول ابي منصور الماتريدي لما ذكرنا انهما نزلا منزلة البايع والمشتري
فقد ذكر ابي محمد يعظم يمين التحالف بيمين البايع والمامور لانه بايع بعد برآء في حق الموكل وانما قلنا
ان يمين البايع يعظم بيمين التحالف لان البايع وهو المامور هنا مدعي ولا يمين عليه الا في صورة التحالف
واما المشتري وهو الموكل هنا منكر واليمين على المنكر على كل حال فلما كان يمين الوكيل هو المختص في
التحالف كان يمينه اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المامور كان واجبا على المشتري المنكر وهو
الامر اولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسلام في جامعه لولا ان المراد هو التحالف للزمت الجارية
الامر لان الامر اذا حلف صار الشرا بخمسماية والجارية تساوي الفا وانها يلزم الامر فثبت بهذا
انه اراد بقوله ويلزم الجارية المامور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزمت الجارية
المامور **قوله** والبايع بعد استيفا الثمن الى اخره جواب عن قول ابي جعفر انه ارتفع الخلاف
بتصادقهما فقال بعد استيفا الثمن صار اجنبيا ولم يبق له معهما شغل وقبله اي استيفا الثمن
اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين الموكل والبايع بيع فلا يصدق اي البايع عليه اي
على الموكل فبقي الخلاف اي بين الامر والمامور وهو اظهر اي قول ابي منصور اظهر اي اصح وفي الكافي
هو الصحيح وفي جامع قاضي خان قول ابي جعفر اصح وقال الامام المحبوبي في جامعه بعد هذا هذا
اذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشرا بالف وقال الامر بخمسماية
فالقول للامر وبه قالت الائمة الثلاثة ويلزم العبد الوكيل دون الامر لان الامر يستفاد من جهته
وكان القول له ولو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات والله سبحانه اعلم

فصل

لما ذكر مسايل التوكيل بالشرا الحق التوكيل بشرا العبد نفسه لانه
توكيل بالشرا صورة واعتاق معنى وفصله بفصل على حدة لمخالفته التوكيل بالشرا معنى والالف
واللام في قوله والتوكيل بشرا نفس العبد بدل الاضافة اي اضافة المصدر الى الفاعل وهو العبد
بالنظر الى المسئلة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي بشرا نفسه والاجنبي بالنظر الى المسئلة الثانية
اي توكيل الاجنبي بشرا نفسه **قوله** فان قال الرجل اي الوكيل اشتريته اي العبد لنفسه
اي نفس العبد والمامور سفير عنه اي عن العبد يعني بمنزلة الرسول لان العبد جعله رسولا ولا عهدة على
الرسول في البيع **قوله** وان لم يعين للمولى اي لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **قوله**
لان اللفظ اي قوله اشتريت عبدك بكذا موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بها
اي بحقيقة اللفظ اذا لم يبين اي اذا لم يقل اشتريت عبدك لاجل عبدك فيحافظ عليها اي على المعاوضة
بخلاف شرا العبد نفسه حيث يحمل للاعتاق لتعذر العمل بالمعاوضة فانه ليس باهل ان يملك مالا فصار
مجازا عن الاعتاق او نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك ثم يعتق لانه ادمي في حق نفسه حتى وجب

الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الادمي حلق لمصالح الادمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة فيجعل
مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع مزيل الملك بعوض على اجر والاعتاق مزيله لا
الى اجر **قوله** واذا كان اى شرا الوكيل العبد من غير تعيين للمولى معاوضة يثبت الملك للمامور
وقوله ثمنا نصب على التميز فانه اى الثمن في ذمة المشتري وهو المامور **قوله** وعلى المشتري
الف مثله ظاهر فيما اذا وقع الشرا للمامور اما اذا وقع الشرا للعبد بنفسه حتى عتق هل يجب على
العبد الف اخرى ذكر في جامع قاضي خان لم يذكره في الكتاب ولكن يجب عليه الف اخرى لان الاول
مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه **قوله** بخلاف التوكيل بشرا العبد من غيره اى من غير العبد
بان وكل اجنبي اجنبيا اخر بشرا العبد من مولاه فانه يصير مشتريا للامر سوا اعلم الوكيل البايع انه
اشتراه لغيره او لم يعلم فان قوله اشتريته كاف فيه لان العقد هناك على نمط واحد اى في حق
البايع لان البايع في كلا الوجهين يطالب الثمن من المشتري اذ المطالبة تتوجه على الوكيل في الوجهين
فلا يحتاج الى البيان والنمط النوع والطريقة ايضا اما هاهنا اى في صورة توكيل العبد بشرا نفسه
قوله والمولى عساه لا يرضاه وحق الكلام ان يقول عساه ان لا يرضى لان قوله لا يرضاه
في محل النصب بعسى ولكن منصوب عسى في معنى قرب كل واحد منهما مشروط ان يكون ان مع الفعل
المضارع كما في قوله تعالى فعسى الله ان ياتي بالفتح وقوله وعسى ان تكرهوا شيا وذكر ضمير الغايب
مقام الظاهر احد المذاهب الثلاثة للفرق فانهم يقولون عساه ان يفعل لما عرف في المفصل
قوله لا يرضاه اى لا يرضى المولى الاعتاق لانه لو عتق والمولى لا يعلم به يلزم المولى ضرر لم
يرض المولى به لان ولاءه يكون لمولاه فيوجب جنايته يكون ايضا عليه بحكم الولاء فتعذر تنفيذه
على المولى وامكن تنفيذه على الوكيل اذا اطلق الشرا لان الشرا اذا وجد نفاذا على العاقد ينفذ
عليه واذا نفذ عليه يجب الثمن عليه • ولو بين للمولى انه يشتريه لنفسه لكن اضاف الشرا لنفسه
ذكر محمد في كتاب الوكالة ان العبد يعتق والثمن على العبد لا الوكيل • وذكر في وكالة المادون ان
العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في الجامع الكبير وجب الثمن على الوكيل والوكيل يرجع به على
العبد • وجه رواية الجامع ان توكله بشرا العبد للعبد كتوكله بشرا العبد لغير العبد وهناك
يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا هذا • وعن عيسى بن ابان الصحيح ان الثمن على العبد لان
الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الامر وليس في
قبض المعقود عليه شي فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا ترى ان المولى لو كان هو الذي
امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف الى العطا فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والالف
على العبد الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف المولى دون الوكيل فكذا هاهنا كذا ذكره المحبوبي
قوله لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد
وقال الشافعي في قول لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل لان يد العبد كيد سيده فصار كما لو وكله بشرا
نفسه من نفسه لانه اى العبد اجنبي عن ماليته ولهذا لو اقر بماليته لغيره لا يصح وجواز الشرا
باعتبار الماليه وماليته محل صالح للتملك فيصح التوكيل ويجب الثمن على العبد لانه عاقد ويرجع على
الامر والعبد المحجور اذا توكل عن غيره بالشرا لا يرجع الحقوق اليه الا انه زال الحجر هنا بالعقد
الذي باشره مقترنا باذن المولى وقال شمس الائمة صحة توكيله باعتبار انه مخاطب وله عبارة ملزمة
كالحر وانما يصلح الحر وكيلا بالشرا باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذا العبد • وانما قيد بقوله بعني
نفسي لفلان فباعه مولاه يكون البيع للعبد فيعتق حالا عن العبد اذا توكل بشرا به ولم يقل بعني لفلان

فباعه منه يصير الوكيل مشتريا لفلان في الصورتين لا لنفسه لان الوكيل اذا كان اجنبيا فلا فرق
بين شرايه لنفسه وبين شرايه لغيره في حق البايع اما لو كان الوكيل هو العبد فشراؤه لغيره في
حق البايع بيع وشراؤه لنفسه في حق البايع اعتاق فاذا كان كذلك فاذا اطلق العبد الشرا ولم
يقل بعني لفلان يحتمل ان يكون بيعا ويحتمل ان يكون اعتاقا فلا يكون امتثالا بالشك فشرطت الاضافة
الى الموكل ولانه لما احتملها يحمل الاطلاق على شرا نفسه لنفسه اذ الظاهر ان العبد يشتري نفسه
لنفسه فيحمل على الظاهر بخلاف الاجنبي فانه شرا في الصورتين فلما وقع شرا يكون امتثالا او نقول
عند الاطلاق يجب ان يكون اعتاقا لان المولى اذا باع نفسه منه انما يبيع ليكون الولاء له وعلى
تقدير وقوعه شرا يكون الملك للموكل فيفوت هذا الغرض كذا في شرح الجامع **فان قيل** عند
الاطلاق ينبغي ان يقع الشرا للموكل لان الكلام حقيقته في الاصل ولو وقع الشرا للعبد يكون
الشرا مجازا عن الاعتاق والمجاز لا يعارض الحقيقة **قلنا** عارضت جهة الحقيقة جهة اصالة
اخرى وهي ان الاصل ان تصرف الانسان ان يقع لنفسه فترجحت هذه الجهة بحسب مقصود البايع
ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه وفيه نوع تامل **وقيل** لما وقع التعارض بين الاصلين
رجحنا جانب الاعتاق لانه مندوب اليه والمعاوضة مباحة وفيه نوع تامل • وفي الفوايد الظهيرية
فان قيل العبد ههنا وكيل بشرا شي بعينه لا يملك الشرا لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولى
ان لا يقع لنفسه **قلنا** هذا هكذا اذا لم يتنوع التصرف بان كل واحد منهما شرا اما هاهنا
في حق العبد اعتاق وفي حق الوكيل شرا ولهذا لو باع نفس العبد من العبد ومن اجنبي بطل البيع
من الاجنبي لكونه جمعا بين البيع والاعتاق والشيخ بقوله والعبد وان كان وكيلا بشرا نفسه
الى اخره اشار الى جواب هذه الشبهة **وقوله** الا ان ماليته في يده استثنا عن قوله لانه
اجنبي عن ماليته حتى لا يملك البايع الحبس بعد البيع لاستيفا الثمن لان ماليته في يده لكونه ماذونا
له كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبايع حبسه لاستيفا الثمن ثم الموجود من العبد
يتقدير الاضافة الى الموكل انما يفيد الملك للموكل اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد
حتى لو قال العبد بعني نفسي لفلان فقال بعت انما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت اما لو وقع
الشرا للعبد يتم العقد بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي كذا في الجامع بنا على ان
الواحد يتولى طرفي الاعتاق على مال اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفي البيع وان كان المال مقدرا
وفي الكتاب اشارة الى انه يتم بقول المولى بعت لانه قال ففعل كذا في الفوايد الظهيرية وذكر
التمرتاشي مثله **قوله** وفي مثله ينفذ على الوكيل لما ذكرنا في مسئلة الوكيل بشرا شي بعينه اذا
خالف في اليمين لا الى خير او خالف الى جنس اخر غير الذي سماه الموكل يقع الشرا لنفسه لا للموكل

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشرا وهو للاثبات شرع
في بيان احكام التوكيل بالبيع وهو للازالة لما ان الازالة بعد الاثبات وجودا اما النظر الى كونه
اثباتا وفيه نوع تامل **قوله** ومن لا يقبل شهادته له من اقاربه عند ابي حنيفة وبه قال
الشافعي في قول واحمد في وجه وقالا اى ابو يوسف ومحمد يجوز بيعه منهم اي من الاقارب التي لا يقبل
شهادته لهم بمثل القيمة وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد **وقوله** الا من عبد ومكاتب
فانه لا يجوز عندهما ايضا لان البيع الى هولا كالبيع من نفسه فلا يجوز • وقيد في المبسوط بقوله الا من
عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه وكان فيه اشارة الى انه
اذا كان عليه دين يجوز في بعض النسخ • ثم للوكيل بالبيع لا يجوز ان يبيعه من نفسه عندنا والشافعي

واحد في ظاهر مذهبه وعن احمد في روايه يجوز وبه قال ملك والاوزاعي اذا لم يحابي لعدم
التهمه وقلنا لو جاز يودي الى تضاد الاحكام فانه يكون مستزيدا او مستنقصا ايضا ومخاصما
في العيب ومخاصما وفيه من التضاد ما لا يخفى • وفي المبسوط المراد من عدم الجواز في البيع الى هولا
عند ابي حنيفه في مطلق الوكاله اما لو قيد الوكاله بتعميم المشيه بان قال بع ممن شيت يجوز بيعه من
هولا بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قيد بتعميم المشيه لما ذكرنا
انه مودي الى التضاد **فان قيل** يشكل على ابي حنيفه بيع المضارب من هولا بمثل القيمه حيث
يجوز سوا ظهر الربح اولا والمضارب مثل طهور الربح وكيل ذكره في مضاربة المبسوط **قلنا** قال
بعض مشايخنا عدم الجواز عنده مطلقا على ما اذا باعه بالغبن اما البيع بمثل القيمه فجايز في الفصلين
اي الوكاله والمضاربة وبعضهم قالوا لا يجوز في الوكاله ويجوز في المضاربة بمثل القيمه من هولا
والفرق ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى انه لا يجوز نهيه عن التصرف بعد ما صار
المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا يلحقه التهمه في البيع بمثل القيمه من هولا لانه ايثار في
العين دون الماليه وفي العين هو كالمتصرف لنفسه بخلاف البيع بالغبن لانه ايثار في شي من
الماليه وهو في ذلك نايب محض اما الوكيل فنايب في العين والماليه جميعا فلا يجوز بيعه من هولا
بمثل القيمة للتهمة • وحاصله ان المضارب اعم تصرفا فانه قد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب
رب المال نهيه وقد يكون نايبا محضا فلشبهه بالمستبد بالتصرف جوزنا بيعه من هولا بمثل القيمة
ولشبهه بالنايب لا يجوز بيعه من هولا بغبن يسير اما الوكيل نايب محض فيكون متهما في تصرفه كذا
في المبسوط • وتخصيص قولهما بمثل القيمه اشاره الى انه لا يجوز بغبن يسير والا لم يكن للتخصيص
بمثل القيمه فايده ولكن ذكر في الذخيره انه يجوز بيعه من هولا بالغبن اليسير لان اليسير ملحق بالقيمه
وقال فيها لو باع من هولا باكثر من القيمه يجوز بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف وبالغبن
اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده وبمثل القيمة عن ابي حنيفه روايتان في رواية الوكاله والبيوع
لا يجوز وفي روايه المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراوه منهم باقل من القيمه لا يجوز بلا خلاف
وباكثر من القيمه يجوز بلا خلاف وبمثل القيمه يجوز عندهما وكذا عند ابي حنيفه باتفاق الروايات فابو
حنيفه فرق بين المضارب والوكيل وقد ذكرناه **قوله** ولا تهمة اي في البيع بمثل القيمه نفي التهمة
من حيث الماليه وقوله والاملاك متباينه والمنافع منقطعه لم يكن الوكيل منتفعا بذلك العين
فلا يورث التهمة ولما انتفت التهمه في بيعه بمثل القيمه من حيث ايثار العين ومن حيث الماليه فيجوز
كالبيع من الاجنبي والدليل على تباين الاملاك حل وطي الابن جاريته ولو لم يملكه متباينا عن ملك
ابيه لما حل كوطي جارية مشتركه ولا يحل له وطي جاريه ابيه لتباين ملك ابيه عن ملكه **قوله**
ولهذا لا تقبل الشهادة اي فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال الاخر فصار مال كل واحد منهم كماله حكما
من وجه وفي البيع اخراج وادخال من الجانبين وفي البيع من هولا اخراج الى نفسه من وجه فلا
يجوز واما قولهما ان الاملاك متباينه **قلنا** قدر ذلك التباين لما لم يوثر في قبول الشهادة
علمنا ان ذلك القدر وجوده كعدمه في مواضع التهمة **قوله** والاجارة والصرف على
هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان شرعية الاجارة تخالف القياس لانه بيع معدوم وقد زاد
انتفا شرعيتها مع هولا وكذا عقد الصرف على شرايط كان يجب ان لا يجوز مع هولا فبين انهما
على الاختلاف كذا قيل والسلم على هذا الاختلاف ايضا • وفي الكافي ولو اشترى من هولا عينا بثمن معلوم
واراد بيعه مرابحه لم يجز بلا بيان عنده خلافا لهما بنا على هذا الاصل **قوله** والوكيل بالبيع

الى قوله عند ابي حنيفة لقب هذه المسله الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عز وهان وباي ثمن
كان واي اجل كان متعارفا وغير متعارف وقالا لا يجوز بالغبن اليسير وبالدراهم والدنانير وبالاجل
المتعارف وقال الشافعي وملك واحمد بثمن المثل وبنقد البلد فان كان النقود مختلفه يعتبر الاغلب
ولا يبيع الا حالا لان المطلق يتقيد بالمتعارف الغالب وهو البيع حالا وبنقد البلد وان استويا
باع بما هو انفع للموكل وان استويا يتخير على المشهور وقال صاحب التهذيب يحتمل ان لا يصح التوكيل
ما لم يبين كما لو باع وفي البلد نقدان مستويان لا يصح حتى يتقيد باحدهما كذا في شرح الوجيز وفي
الذخيرة اذا باع باجل متعارف فيما بين الناس في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة وما
وما اشبه ذلك فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز • ثم قال انما يجوز البيع بالنسيه اذا لم يكن في
اللفظ ما يدل على البيع بالنقد اما اذا كان لا يجوز وذلك نحو ان يقول بعه واقض ديني او قال
بعه فان الغرما يلازمونني او قال بعه فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة
بالاتفاق **قوله** يتقيد بشرا الفحم وفي بعض النسخ اللحم ولكن الفحم اليق لقران قوله بزمان الحاجة
اذ كل الازمان زمان الحاجة اللحم والجمد بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الما فكان فيه تسمية للاسم
بالمصدر كذا في الصحاح والديوان وفي فتاوى قاضي خان وكله بشرا الاضحيه والفحم والجمد يتقيد
بشرا الاضحيه في تلك السنه لا السنة الثانيه وكذا شرا الجمد يتقيد بايام الصيف في تلك
السنة لا السنة الثانية **وقيل** هذا قولهما اما على قول ابي حنيفة لا يتقيد لانه يعتبر الاطلاق
اللفظ ولو وكله بشرا اللحم يدخل لحم الضان والابل والبقر **وقيل** ان كان الامر غريبا ينصرف
الى المطبوخ ولا يدخل الكرش والبطون والاكباد والروس والاكارع ولحم القديد ولحم الطيور
والوحوش وكذا لا يدخل الشاه حية او مذبوحه غير مسلوخه ولو اشترى مسلوخه تلزم الامر الا
ان يكون المدفوع قليلا وفي الايضاح فاللحم يقع على لحم الضان والمعز وما يشترى ويدخل لحم البقر
والابل اذا جرت العادة بذلك ولا يدخل اللحم القديد لانه لا يباع في الاسواق عاده وعند الايمة
الثلاثه يقع على ما يباع في العاده في الكل **قوله** وهبه من وجه الا ترى انه المريض بالغبن الفاحش
يعتبر من الثلث والاب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا
المقايضه اي البيع بالعرض بيع من وجه شرا من وجه وهو وكيل بالبيع لا بالشرا **قوله** وله اي
لابي حنيفة انه مامور بالبيع المطلق وقد اتى به خال من التهمة وهذا لان البيع مبادلة مال بمال
وذا موجود في البيع بالعرض كما في البيع بالنقد وتسميته الشرا لا يخرج من كونه بيعا مطلقا لان تضمن
الشرا في جانب العرض لا في جانب المبيع وامره كان باعتبار المبيع والعقد فيه مطلق وكذا البيع
بالغبن الفاحش بيع من كل وجه فما من جز من المبيع الا ويقابله جز من الثمن ولهذا استحق الكل بالشفعة
والشفعة في الهبة لا تثبت • ولهذا لو حلف لا يبيع فباع بالغبن الفاحش يحنث وكما يراعى العرف في الوكالات
يراعى في الايمان ثم جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين فكذا في الوكالة **فان قيل** لا يلزم من جريان
العرف في اليمين جريانه في الوكاله فانه لو حلف لا ياكل لحما فاكل اللحم القديد يحنث وفي الشرا
لا يقع من الامر فعلم ان العرف قد يختلف بين اليمين والوكالة **قلنا** الوكيل بشرا اللحم يقع على لحم
يباع في الاسواق والقديد لا يباع اما الاكل متعارف في الكل واجاب في الاسرار عما تمسكا
بمحاباة المريض ان المحاباة لا تعتبر هبه بشي من المبيع الذي يعلو الامر به بل يعتبر بالثمن الا ترى انه
لو حابا ومات ولا يخرج من الثلث قيل للمشتري اما ان تزيد الى الثلث واما ان ترده ولا يلزمه رد
المبيع حتما والاب والوصي مامور ان بحسب نصفه النظر لا بمطلق البيع و **قوله** والبيع بالغبن

او الغبن الى اخره جواب عن قولهما فلما كان متعارفا كان العرف مشتركا فلا يصلح حجة لا
في المبسوط العرف مشترك فقد يبيع الشي بالغبن الفاحش للتبرم منه وفي هذا لا يبالي بقلة الثمن وكثرته
وقد يبيعه للاسترباح قصدا فعند الاطلاق لا يترجح احد المقصودين من غير دليل **قوله**
والمسايل ممنوعة يعني هذه المسايل مروية عن ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة فيعتبر الاطلاق
ولئن سلم فهذا مطلق في حق الوقت لا عام فلا يتناول الا واحدا وقد صار المعارف مرادا فلم
يبق غيره مرادا فاما هذا عام **قوله** والمقايضة شرا من كل وجه وبيع من كل وجه جواب
عن قولهما ايضا **فان قيل** من المحال ان يوصف الشي الواحد بصفة وبضدها في حالة
واحدة **قلنا** انما كان محالا اذا كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة
الى عوض نفسه وشرا بالنسبة الى عوض صاحبه ولا يقال يدخل الباء على الثمنية لان الباء تدخل
الاثمان لانا نقول هذا في المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير
فيتعينان للثمنية دخلت الباء عليهما او لا واما المكيلات والموزونات اذا كانت غير متعينة تتعين للثمنية
سواء دخلت الباء على احدهما او لا اليه اشار في الذخيرة **فان قيل** لو كان بيع المقايضة شرا من
كل وجه فمن اي وجه رجح ابو حنيفة جانب البيع **قلنا** ذكر في المبسوط جانب البيع يرجح على
جانب الشرا في البيع بالعرض الا ترى ان احد المضاربين اذا اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا
لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيا من مال المضاربة يتوقف على اجازة صاحبه فانه باعه
بعرض يتوقف ايضا حتى لو اجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة والشرا لا يتوقف ولانه بنسبة
ذاته مبيع وتصرف الوكيل يقع بالنسبة الى ذاته **قوله** ولا يجوز بما لا يتغابن في مثله اي
بالغبن الفاحش ولا خلاف فيه للايمة الاربعة **قوله** لان التهمة فيه اي في هذا الشرا متحققة
كما ذكر في المتن والتهمة معتبرة في باب الوكالة الا ترى ان الوكيل بالبيع لا يبيع من ابيه او ابنه
للتهمة وفي المبسوط والفرق لابي حنيفة ان الشرا يوجب الثمن في ذمة الوكيل ويوجب
لنفسه مثله في ذمة الامر والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يلزم الامر بالثمن ما لم
يدخل في ملكه بازايه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن
لم يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن فهلك كان القول قوله
ولان الامر بالشرا يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق
امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار
العموم والاطلاق غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك له ان يشتري ذلك المتاع بجميع ما يملكه الامر
وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشرا بالنقد
بغبن يسير وفي جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يسلط به على شي من ماله سوى
المبيع الذي رضي ببيعه **قوله** قالوا ينفذ الشرا على الامر وان كان بغبن فاحش لعدم التهمة اذ
لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه على ما مر **قوله** قالوا يحتمل ان يريد به عامة المشايخ فانه
ذكر في الذخيرة اما الوكيل بشرا شي بعينه فلا نص فيه وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
يتحمل فيه اليسير دون الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا **قوله** لانه اي الوكيل
مطلق العقد اي لا يضيفه الى الامر فيقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان **قوله** وقيل في العروض
الى اخره هذا بيان الغبن اليسير فكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم
المقومين يعني اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل كان ما يدخل تحت تقويمهم يسيرا وانما وقع التفاوت

لان التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار فما وقع المعاملة فيه كثيرة كانت التجربة
فيها اوقع فيما يرجع الى الغبن والربح وكان التاجر بحالها اعرف فيقل الغبن فيها كذلك وفي الحيوان
بين الامرين وكلما كثر التصرف قل الغبن وكلما قل التصرف كثر الغبن لقلة الممارسة وفي الذخيرة
قال شيخ الاسلام في جامعه تكلموا في الحد الفاصل بين اليسير والفاحش والصحيح عن محمد في النوادر
كل ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل فهو فاحش ثم قال شيخ الاسلام هذا
التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلدة كالعبيد والدواب وغيرهم فاما ما له قيمة
معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشرا لا ينفذ على الموكل وان كانت الزيادة قليلة
كالفلس ونحوه لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين وانما يدخل تحت تقويمهم ما يحتاج فيه الى
تقويمهم وههنا لا يحتاج فلا يدخل **قوله** وكله بيع عبده اي مطلقا وانما وضع المسألة في
العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر
كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح لانه ليس في تفريقه ضرر اذا باع الكل بثمن
النصف يجوز عنده اي عند ابي حنيفة • قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لانه غبن فاحش •
فان قيل انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة اما في بيع النصف بنصف الثمن
يلزم الشركة وهي عيب في الاعيان فكان هذا مخالفة الى الشرا لا الاول **قلنا** ضرر الشركة
اهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لان يجوز هذا وهو اهون اولى وبقولهما
قال الشافعي **قوله** وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الاخر قبل الخصومة
استحسان عندهما اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف **قوله** فالشرا موقوف
اي بالاتفاق وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية ومالك في قول وفي رواية لا ينفذ على الامر
لانه يخالف ثم عند ابي يوسف اذا اعتقه الامر جاز والاعتاق اجازة منه ولو اعتقه الوكيل
لم يجز وعند محمد لو اعتقه الوكيل جاز ولو اعتقه الموكل لم يجز لانه خالف فيما امر به والتوقف
عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري باقيه فيرتفع الخلاف فقبل شرا الباقي
يكون مخالفا فلا ينفذ اعتاق الامر كذا في الايضاح **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة
فيه متحققة الى اخره وفي المبسوط توضيح الفرق على قوله ان صحة الامر بالشرا بتسمية العبد
ونصف العبد ليس بعبد فلا يصير ممتثلا امر الامر الا ان يشتري ما بقي قبل الخصومة فاما في
جانب البايع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في العين فيعتبر فيه الطلاقه فلما
اعتبر اطلاق امره في بيع العبد يملك الوكيل بيع كله وبعضه لان الاطلاق ثمة ولما خالف
الامر بشرا العبد حيث لم يعتبر في اطلاق الامر لما صادفه ملك الغير فيتقيد بالمتعارف والمتعارف
فيه شرا العبد جملة واما وجوب الثمن في ذمة المشتري فذلك يتبع في البياعات فلم يعتبر الطلاق
امره بسبب الثمن في الشرا لان الثمن تابع وليس بمقصود في البياعات على ما عرف ولو وكله بالشرا
فاشترى بكيلي ووزني في الذمة لا ينفذ على الامر لان الامر بالشرا يتقيد بالمتعارف وهو الشرا
بالاثمان المطلقة وهي الدراهم والدنانير وبه قالت الايمة الثلاثة وقال زفر ينفذ على الامر لانه
شرا من كل وجه • ولو وكله بشرا امة وسمى جنسها وثمنها فاشترى شلا او عميا نفذ على الامر عند
ابي حنيفة وعندهما لا وبه قالت الايمة الثلاثة لان شرا العميا والشلا غير متعارف وله ان العرف
مشترك فقد يشتري العميا ترحما عليها وطلبا لرضا الله تعالى • ولو وكله بشرا هذا العبد بخمسماية
فاشتراه واخر بضعفه يكون مخالفا ويضمن ما دفعه الامر وعندهما نفذ على الامر لانه لما اشتراهما

بالف وقيمتهما سوا انقسم الثمن على قيمتهما نصفين فيكون مشتريا للعبد المامور بخمسمايه وهو قياس قول
الايمه الثلاثه ● وله ان القيمه تعرف بالحزر والظن فلم تثبت الموافقه بيقين فلا ينفذ على الامر لوقوع
الشك في الامتثال ● ولو امره بالنكاح ولم يسم مهرا فزوجه بمهر فيه غبن فاحش جاز عنده لاطلاق
الامر ولم يجعله كالوكيل بالشرا حتى يتقيد بالعرف لان في الشرا بالاكثر تهمة كما ذكرنا ولا
تتحقق ذلك التهمه في النكاح لما انه لا بد في النكاح من اضافة العقد الى الموكل ولو زوجه امة
الكبيره من الامر لم يجز عنده خلافا لهما وهي كعقد الوكيل مع من ترد شهادته **قوله** بعيب
لا يحدث مثله كالاصبع الزايد والسن الشاغيه **قوله** فانه اي الوكيل يرده على الامر من
غير خصومة اذ الرد على الامر وانما يحتاج في صورة الاقرار الى القضا لانه يمكن ان يقر بالعيب
ويمتنع عن القبول فالقاضي يجبره على القبول و **قوله** فلم يكن قضاوه مستندا الى اخره جواب
سوال يعني لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضا الى هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي بدونها
لعلمه قطعا بوجود العيب عند البايع فقال لم يكن قضاوه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها
في الكتاب الى اخره **قوله** لا يعرفه الا النسا كالقرن في الفرج ● ونحوه او الاطبا كالدق
والسعال القديم فيفتقر اي القاضي يفتقر الى الحجج وهي البينه والاقرار والابا **قوله**
لان البينه حجه مطلقه اي مثبتة عند الناس كافه فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فيعيد
الرد على الموكل و **قوله** والوكيل مضطر الى اخره جواب عن قول زفر ذكر في المبسوط
فعند زفر لو رده بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيا وباعه من غيره ● ثم
المشتري الثاني رده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بايعه وقلنا الوكيل
مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى
ذلك بعمل باشره للامر يعني انه لم يباشر احوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير والامر
هو الذي اوقعه فيه فكان الرد عليه ردا على الموكل بخلاف ما اذا اقر فانه مختار فيه لا مضطر
وبخلاف المشتري فانه مضطر في النكول ولكن بعمل باشره لنفسه فلا يرجع على غيره كذا في المبسوط
والفوايد الظهيريه **قوله** والرد بالقضا فسخ الى اخره جواب سوال وهو ان يقال
ينبغي ان لا يكون له حق الخصومة مع الموكل اذ قد حصل الرد باقرار الوكيل وكان بيعا جديدا
في حق الموكل فقال الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي فلا يحتمل ان يكون عقدا ابتداء لفقد التراضي
لان البايع يرده على كره منه فيجعل فسخا ولكن فسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن
حيث ان الرد بالقضا فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لا يلزم الموكل
الا بحجه وهي اقامه البينه على الموكل بخلاف ما لو رده باقرار الموكل من غير قضا والعيب مما يحدث
مثله لم يلزم الموكل ولا يكون له ان يخاصم الموكل لان هذا فسخ بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما
والموكل غيرهما وصار في حق الموكل كان الوكيل اشترى من المشتري ولو اشترى منه لم يكن له مخاصمة
الموكل فكذا هذا **فان قيل** ينبغي ان يكون له ولاية الرد على الموكل وان قبله باقراره من غير
قضا كما في الوكيل بالاجارة اذا اجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب وقبل الوكيل بغير قضا فانه
يلزم الموكل ولم يعتبر اجاره جديده وكذا هذا **قلنا** من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقه
لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام كان في ضمان
الموجر فيكون هذا بمنزله ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضا وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة
قال شمس الايمة وفي الكتاب علل في الفرق بين المسله وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة معنى لان على

احدى الطريقين الاجارة عقود متفرقه تتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب
يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا ابتدا او على طريقه اقامه الدار مقام المنافع المعقود عليها
حكم ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا مستقلا لقيام فيه
الدار مقام المنفعه هذا اذا كان عيبا يحدث مثله اما اذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده باقراره
بقضا يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات لان القاضي فسخ البيع بينهما لعلمه بقيام العيب عند البايع
لا باقراره فيلزم الامر كما لو رده بالبينه وان رده عليه باقراره بغير قضا لزم الموكل بلا خصومة
في روايه كتاب البيوع لانهما فعلا ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فان القاضي يرده في عيب لا
يحدث اصلا او لا يحدث في تلك المدة ولا يكلفه اقامه الحجه فيكون ردا على الموكل ● وفي عامة
روايات المبسوط ليس ان يخاصم الموكل لما ذكرنا انه بمنزله البيع المبتدا ● ولو اشتراه منه حقيقه
لا يرده **وقوله** فعلا عين ما يفعله القاضي **قلنا** هذا الرد حصل تمليكا وتملكا بالتراضي
وليس باستيفا لعين الحق لان حق المشتري في الجزء الفايت لا في الرد وكان تبعا ما امكن وانما يجعل
فسخا اذا تعذر جعله بيعا في حق الثالث فيما اذا كان بقضا لعدم التراضي كذا ذكره قاضي خان والمرغيناني
وهذا هو الذي احال بيانه الى الكفاية و **قوله** والحق في وصف السلامة الى اخره جواب
من قال ان الرد متعين يعني حكم الاصل المطالبه بوصف السلامة وانما صار الى الرد لضرورة
العجز فاذا انتقلا الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا لو امتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب
وفي تلك المسايل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره **قوله** فالقول قول الامر وبه قال
الشافعي ومالك واحمد في روايه وعن مالك ان كانت السلعة قايمة فالقول للموكل وان كانت هالكه
فالقول للوكيل لان الضمان يلزمه بالهلاك والاصل عدم الضمان وعن احمد في روايه القول
للوكيل لانه امين لثبوت اصل الوكاله باقرارهما **قوله** ولا دلالة على الاطلاق اذ الامر بالبيع
قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين والامر يستفاد من جهته فكان القول
له كما لو انكر اصل الوكاله بخلاف ما لو قال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت
مضاربة ولم تسم شيا فالقول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى ان له ان
يودع ويبضع ويوكل ويصح المضاربة عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما فكان القول للمضارب متمسكا
بالاصل اما الوكاله فان الاطلاق والعموم فيها ليس باصل حتى لا يودع ولا يوكل **قوله** والوجه
قد تقدم اي الوجه من الجانبين تقدم في مسله الوكيل بالبيع وخلاف الايمه قد بينا فيها **قوله**
واخذ به اي بالثمن كفيلا فتوى المال على الكفيل **قيل** المراد من الكفاله ههنا الحواله لان التوى
لا يتحقق في الكفاله وقال التمرتاشي الوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف لان الحواله تتضمن
ابرا الاصيل والوكيل لا يملك ذلك عنده **وقيل** بل على حقيقتها والتوى يتحقق في الكفاله بان مات
الكفيل والمكفول عنه مفلسا وفي جامع المحبوبي التوى على الكفيل بان يموت مفلسا وفي الكافي التوى
على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براة الاصيل بنفس الكفاله كما هو مذهب مالك فيحكم ببراة
الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اي على الوكيل لانه يزداد بالكفاله والرهن معنى الوثيقة
من غير ان يبرا الاصيل من الثمن فيوكد ان حق الوكيل وهو الاستيفا فيملكهما اي الوكيل يملك الكفاله
والرهن فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا وذا مملوك له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقه
وضاع في يده كان الهلاك على الموكل فكذا في الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا او كفيلا
فان التوى لا يكون على رب الدين وهو قياس قول الشافعي واحمد في الوكيل لانه كالمامور بقبض الثمن

ولا يقبض اصالة لان الحقوق ترجع الى الموكل عندهما وعندنا الوكيل بالبيع يقبض اصالة وكان في
ذلك كالمالك ولهذا لو نهاه عن قبض الثمن ولو رد الوكيل الرهن جاز ويضمن للموكل
اقل من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف لا يصح رده كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي **قوله** حجره
اي حجر الوكيل عنه اي عن قبض الثمن عندنا وقالت الائمة الثلاثة يملك لان الحقوق عندهم راجعة
الى الموكل وانما يملك الوكيل قبض الثمن باعتبار الاذن ولا له عندهم **فصل**
لما ذكر حكم وكالة واحد اعقبه حكم وكالة رجلين لما ان المثنى بعد الواحد **قوله** فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكلا به قالت الائمة الثلاثة وفي المبسوط هذا الذي ذكره فيما اذا وكلهما بكلام
واحد فاما اذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما ان يتصرف بدون الاخر لانه اذا وكلهما بكلامين
فقد رضي براي احدهما بخلاف الوصيين اذا اوصى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا ينفرد احد
بالتصرف في احد القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة وههنا
حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد بالعقد استبد بالتصرف **قوله** لان
الموكل رضي برايهما حتى لو باع احدهما والاخر حاضر لا يجوز الا ان يجيز الاخر يجوز ولو كان الاخر غائبا
عنه فاجاز لم يجز عند ابي حنيفة ذكره في الذخيرة وفي المبسوط ولو كان احدهما صبيا او عبدا محجورا
لم يجز للاخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف لانه ما
رضي براي احدهما **قوله** والبدل وان كان مقدرا الى اخره جواب سوال وهو ان يقال انما
يحتاج الى الراي في البيع اذا لم يكن الثمن مسمى في التوكيل به فاما اذا كان فلا يحتاج الى رايهما فينبغي
ان ينفرد كل احد منهما كما في الوكيل بالطلاق والعتاق بغير عوض فاجاب عنه بان البدل وان كان مقدرا
ولكن تقدير الثمن يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماع الاخر لكمال احدهما وهدايته
او يختار الاخر مشتريا لا يماطل في اداء الثمن **قوله** الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء من
قوله ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد احدهما
بالتصرف وقال زفر لا يصح الانفراد فيها ايضا وبه قال الشافعي واحمد لانه يحتاج فيها الى الراي اذ
راي الاثنين لا يكون كراي واحد فرضاه بهما لا يكون رضا باحدهما كما في البيع والشرا **وقلنا**
الاجتماع فيها يتعذر لافضائه بمجلس القضا الى الشغب لان المقصود فيها اظهار الحق وبالشغب لا يحصل
ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضا فلما وكلهما مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة
احدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وذا بان يتشاورا في الامر برايهما ويشتغل احدهما بالتكلم ولا يشترط
حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور واطلاق محمد يدل على هذا **وقيل** يشترط ولا يقبض
احدهما لان اجتماعهما على القبض والحفظ فائدة فانهما يقدران على دفع القاصد ما لا يقدر احدهما
عليه كذا في الفوائد الظهيرية وطلاق زوجته بغير عوض هذا عطف على المستثنى وهو قوله
بالخصومة وفي الذخيرة لو وكلهما بطلاق امراته فطلق احدهما وابى الاخر لان الايقاع المفرد
لا يحتاج الى الراي وكذا في اعتاق عبده وعند الشافعي واحمد لم يجز حتى يجتمعا كما في البيع وفي الجامع
ولو وكلهما وقال لا يطلقن احدكما دون صاحبه فطلق احدهما ثم طلق الاخر او اجاز وكذا في
الاعتاق ولو قال طلقاها جميعا ثلاثة فطلقها احدهما واحدة ثم الاخر تطليقتين لم يقع شي حتى يجتمعا
على ثلاث تطليقات **قوله** او برد وديعة قيد برده لانهما اذا كانا في قبضها لا ينفرد احدهما
وعند الشافعي واحمد الرد كالقبض وفي الذخيرة قال محمد في الاصل لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها
احدهما بغير اذن صاحبه يضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد فصار قابضا بغير اذن المالك

فيصير ضامنا ثم قال **فان قيل** ينبغي ان يضمن النصف لانه مامور بقبض النصف **قلنا**
مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وبدونه لا **قوله** الا يرى انه تمليك يقتصر
على المجلس وقد مر انه لو قال طلق امراتي ان شئت يملك يقتصر على المجلس وكذا في الامر
باليد عليك يقتصر على المجلس واذا كان التطليق مملوكا لهما لا يجوز لاحدهما التصرف بغير اذن
صاحبه **فان قيل** ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة **قلنا** فيه ابطال حق
الاخر بايقاع النصف يقع تطليقة كاملة **فان قيل** ابطال ضمني **قلنا** لا حاجة الى
ذلك الابطال لقدرتهما على الاجتماع كذا قيل **قوله** فاعتبره بدخولهما اي اعتبر تطليقهما الطلاق
بفعلهما وهو المشية واختيار الطلاق بتعليق الطلاق بدخولهما بان قال ان دخلتما الدار فامراتي
طالق فدخل احدهما لا تطلق فكذا هذا **قوله** وليس للوكيل ان يوكل الى اخره المسلة على ثلاثة
اوجه احدها ان يوكله ولم ياذن له في التوكيل ولم ينهه عن التوكيل فليس له ان يوكل غيره عندنا
واحمد وقال الشافعي ومالك ان كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له ان يوكل غيره وان
كان يعجز عنه او ممن لم يباشر ذلك العمل بنفسه لوجاهته له ان يوكل وبه قال احمد في رواية
وهذا الخلاف فيما اذا اطلق اما لو اذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف او نهاه عن توكيل غيره
لا يوكل بلا خلاف واما لو قال له اصنع ما شئت او اعمل برايك فله التوكيل عندنا واحمد وقال
اصحاب الشافعي له التوكيل في احد الوجهين لان الموكل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله اصنع ما شئت
او اعمل برايك يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه وقلنا اللفظ عام فيدخل في عمومه التوكيل
ولان بقوله اعمل برايك اثبت له صفة المالكية اذ المالك هو الذي يتصرف برايه ومشيته وللمالك
ان يوكل غيره فكذا للوكيل لانه صار كالمالك **قوله** حتى لا يملك اي الوكيل الاول عزله
ولا ينعزل اي الوكيل الثاني بموته اي بموت الوكيل الاول وبه قال الشافعي في قول واحمد وقال في
الاصح ينعزل بعزله وبموته وله بموت الموكل قولان وكذا بعزله والاصح الانعزال كما قلنا واحمد
وينعزل لان بموت الاول اي الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره وللقاضي ان
يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال جاز كما في الوكالة **قوله** فعقد وكيله
اي وكيل الوكيل بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز عندنا استحسانا وقال زفر لا يجوز وبه قال الشافعي
واحمد كما في حال غيبته ولان حقوق العقد يتعلق بالعاقد وانما رضي الموكل الاول بتعلق الحقوق بالوكيل
الاول دون الثاني فلو جاز يقع الثاني بحضرته لتعلق حقوق العقد به دون الاول وقلنا مقصود
الموكل ان يكون تمام العقد براي الوكيل الاول فاذا كان هو حاضرا فقد حصل تمام العقد برايه فكان
مقصوده حاصلا على انه اذا كان حاضرا صار كانه باشر العقد كما لو زوج بنته البالغة بشهادة رجل
بحضرتها جعل كانها باشرت العقد حتى صلح الاب ان يكون شاهدا **فان قيل** يشكل بما لو باشر احد
الوكيلين بحضرة الاخر حيث لا يكتفى بحضوره ولا بد من الاجازة ذكره في الذخيرة وههنا اكتفى
بحضوره من غير اجازة والمعنى يشملهما **قلنا** ما ذكر في الجامع محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول
لا مطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيرة وقال ان محمدا ذكر في الجامع فعقد الثاني بحضرة الاول ولم
يشترط للجواز اجازة الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل وفي موضع اخر من وكالة الاصل شرط
اجازته سواء كان الوكيل الاول حاضرا او غايبا وعن الكرخي ليس في المسلة روايتان ولكن ما ذكر
مطلقا في بعض المواضع محمول على ما اذا اجاز واليه ذهب عامة المشايخ وهذا لان عقد الثاني
كعقد فضولي لعدم اذن الموكل الاول وفي الفضولي يشترط الاجازة فكذا ههنا ومنهم من قال في

المسئلة روايتان وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول ان عقد الثاني حال غيبته انما يصح لتعري
العقد عن راي الاول فمتى عقد بحضرته فقد حضر هذا العقد رايه وعلى هذا احد وكيلي البيع
او الاجارة اذا باع بحضرة صاحبه في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازة
ويكلموا في حقوقه اي حقوق عقد الثاني بحضرة الاول في الذخيرة لم يذكر محمد في هذا الفصل في
الصغير العهدة على من وذكر البقالي في رواية ترجع الى الاول وفي حيل الاصل والعيون يرجع الى
الثاني وهو الصحيح كما لو باعه اجنبي فاجاز الوكيل فانه يجوز وتتعلق الحقوق بالمباشر غير الوكيل اي الفضولي
قوله ولو قدر الاول اي الوكيل الثمن بان قال للوكيل الذي وكله بغير اذن موكله بعه بكذا
فباعه الثاني به بغيبة الاول جاز في رواية كتاب الرهن كما ذكرنا من حصول المقصود بحضور رايه
وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة وربما يزيد الاول
على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكائه وهدايته **قوله** وفوض اي الموكل الاول الى الاول
اي الوكيل الاول كان غرضه اي غرض الموكل الاول رايه اي راي الوكيل الاول في معظم الامر وهذا
لان المقصود من المبايعات الاسترباح وذلك انما يكون بالبيع بقدر ثمن كان مصلحة في تحصيل زيادة
الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول ثمن المبيع وراية انما يطلب لهذا **قوله** معناه التصرف
في مالهما وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله او باع او اشترى لهما لم يجز يحتمل وجهين احدهما
ان يشتري لهما شيئا بمال نفسه والاخر ان يشتري لهما بمالهما والثاني هو المراد هنا ولذلك قال
معناه كذا **قوله** لان الرق والكفر يقطعان الولاية وقد مرت المسئلة في النكاح ببيان الاختلاف
قوله الى العاقد اي العاقد القادر المشفق وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد **قوله**
والرق يزيل القدرة قال تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء لان الحربي ابعد من الذمي فان الذمي صار منا
دارا وان لم يكن منا دينا او بحق في حق الذمي ما هو خلف عن الاسلام وهو الحرية ولم يثبت في حق
الحربي شيء من الاصل والخلف ولهذا لا يقبل شهادته على الذمي و**قوله** قال ابو يوسف ومحمد
المرتد اذا قتل على ردته الى اخره يشير الى دفع شبهة ترد على قولهما مع ان هذا الحكم مجمع عليه وهي
ان تصرفات المرتد بالبيع والشرا نافذة وان قتل على ردته عندهما بناء على الملك ولكن تصرفاته على
ولده موقوفة بالاجماع وفي جامع المحبوبي زوج المرتد ابنته ثم اسلم جاز نكاحه لان هذا نكاح له مجيز
في الحال حتى لو رفع الى قاض فاجاز يجوز وكان سبيله التوقف فاذا توقف وعادت ولايته نفذ لوجود
الاجازة منه وان تزوج هو بنفسه لم يجز لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فان اسلم بعد
هذا لم يحل له الا بانشاء النكاح لان هذا نكاح لا مجيز له حال وقوعه فلم يتوقف على اسلامه لان ما
لا مجيز له لا يتوقف الا ترى ان الصبي اذا زوج عبده او اعتقه او وهبه او تصدق به كان باطلا حتى لا ينفذ
وان اجازه بعد بلوغه لانها تصرفات لا مجيز لها حال وقوعها بخلاف المرتد اذا زوج ابنته الصغيرة
لان له مجيزا وهو القاضي او الولي فيصح اي ينعقد تصرفه ولو مات بطل بخلاف التصرف في اكسابه
فانها نافذة عندهما لان ملك الولاية يبتنى على الملك والملك تام ما دام حيا بلا توقف ه

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الوكالة بالخصومة من المهجور الشرعي حتى عدل عن حقيقتها الى مطلق الجواب تاخر ذكرها عما هو مشروع
ومقر على حقيقته **قوله** الوكيل بالخصومة الى اخره اطلق في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة
في العين والدين وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا الثلاثة ذكره المحبوبي **قوله** خلافا
لزفر فانه يقول لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي وجه

انه يملك كقولنا هو يقول اي زفر يقول ان القبض غير الخصومة لان الخصومة لاظهار الحق وتحتاج
في الخصومة الى الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة **ولنا** ان
التوكيل بشيء توكيل باتمامه واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك
لانه ما لم يقبضه تتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة كذا في الاسرار والمبسوط
قوله والفتوى اليوم على قول زفر وبه افتى كثير من مشايخ بلخ والصدر الشهيد لان الوكيل
بالقبض غير ثابت نصا ودلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة
والتقاضي ولا يرضى بامانته وقبضه والوكيل على التقاضي يملك القبض على اصل الرواية خلافا لهم
وعلى اختيار الفتوى **قوله** لانه في معناه اي لان التقاضي في معنى القبض في اصل اللغة يقال
تقاضيته ديني وبديني واقتضيته واستقضيته واقتضيت منه حقي اي اخذ ذكره في الاساس الا
ان العرف تخالفه فان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة وهو اي العرف
راجح اي قاض على الوضع لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون
المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية **قوله** واجتماعهما اي اجتماع الوكيلين على القبض
ممكن فانهما يصيران قابضين بالتخلية على ما مر اي في الموكلين **قوله** والوكيل بقبض الدين وكيلا
بالخصومة عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وقال الشافعي في الاصح واحمد
في ظاهر الرواية لا يملك وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهذا الخلاف في الوكيل بقبض الدين اما
الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة بالاتفاق اصحابنا وللشافعي واحمد فيه وجهان كما في قبض الدين ويجي
بعد ذلك وهذا يرجع الى اصل وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء الحق شرعا عندهما ولهذا
لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين المشترك كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى التمليك ساقط في الحكم
وعند ابي حنيفة القبض في الدين تمليك اذ الديون تقضى بامثالها فيصير للقبض حكم المبادلة والتمليك
انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وكان خصما فيها واذا ثبت هذا فهما يقولان التوكيل بقبض
الدين توكيل باستيفاء عين حقه حكما ومعنى التمليك ساقط حكما حتى كان له ان ياخذه بلا قضاء ولا رضا كما
في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وابو حنيفة يقول التملك في القبض
حقيقة لما ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها ولان الشرع جعل ذلك طريقا لاستيفاء عين حقه ولهذا
يجبر على الاداء ولو كان مبادلة محضا لما اجبر ولا يملك الاخذ متى ظفر بجنس حقه فانتصب خصما كالوكيل باخذ
الشفعة والرجوع في الهبة والشراء والقسمة والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا برد المبيع على البائع
بالعيب يكون الوكيل خصما في هذه الصور حتى لو اقام المشتري على وكيل الشفيع بينة ان موكله سلمها يجوز
بالاتفاق وكذا لو اقام الموهوب له البينة ان الواهب الموكل اخذ عوضا يسمع وكذا اقام احد الشريكين
منه على الوكيل ان موكلك اخذ نصيبه يقبل لانه خصم وكذا لو اقام البائع البينة عليه على ان المشتري
الموكل رضي بهذا العيب يقبل لانه خصم **قوله** وهذه اي مسئلة الكتاب اشبه باخذ الشفعة
وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة من المسايل الثلاث الاخر لان في هذه
المسايل ما لم يوجد المبادلة لا يصير وكيلا يعني بعد وجود هذه الافعال يكون خصما واما في مسئلة
الشفعة وقبض الدين يكون خصما قبل القبض و**قوله** وهذا اشارة الى لطيف نكتة اي حسنه بقوله
انه وكله بالتملك يعني كانه وكله بتملك مثل الدين وذلك مبادلة والمامور بالمعاوضة يكون
اصيلا وفي جامع قاضي خان ولا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب ان تلحقه العهدة في المقبوض لانا
نقول انما لا تلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرنا هو استيفا

حو من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعل خصما ولشبهه
باخذ العين لا تلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما هذا اذا ادعى الايفا وان ادعى الابرا فكذلك
ذكره شمس الايمه **قوله** حتى يحضر الغايب اي الغايب الموكل لان البينه اي بينة صاحب اليد
قامت على خصم اذ الوكيل بقبض الوديعه ليس بخصم فلم يعتبر اي بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض
وجه الاستحسان انه اي الوكيل بقبض الوديعة خصم في قصر يده اي يد نفسه اي قصر يد الوكيل
فتقصر يده اي يد الوكيل **قوله** فاذا البينه اي فاذا البينة على البيع والعتاق والطلاق لان البينة
قامت على شيين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك على الموكل قامت
البينة لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل
قوله وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك البينة تقبل
في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل **قوله** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله
اطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لان جواز الاقرار على الموكل لا يتفاوت
بين ان يكون من موكله مدعيا او مدعى عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار
وكيل المدعي هو ان يقر بقبض الموكل المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله
قوله الا انه يخرج عن الوكالة على رواية الاصول لانه زعم انه مبطل في دعواه فلا يدفع المال
اليه ولو اقام بينة وذكر في الجامع لا يقضي بدفع المال لزعمه باستحقاقه في الاخذ **قوله** وقال
زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين في مجلس القاضي وغيره وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى وهو القياس
اي قول زفر والشافعي القياس لان الاقرار ضد ما امر به فانه مامور بالخصومة وهي اسم لكلام يجري
بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد
ما امر به والتوكيل بالشي لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والابراء والصلح
اي لوجود المضادة بين الخصومة وهذه الافعال لا يملك هذه الافعال **وقوله** ويصح اذا استثنى
الاقرار جواب سوال يرد على قولهم لان الوكيل بالخصومة اذا لم يتناول الاقرار كيف يصح استثناؤه
فقال انما صح استثنا الاقرار مع صحة التوكيل على ان حقيقة الخصومة غير مهجورة اذ لو كانت مهجورة
لما صح استثنا الاقرار كما لو وكله بالخصومة واستثنى الانكار فانه لا يصح لانه يلزم استثنا الكل
من الكل وكذا اذا استثنى الاقرار لان الجواب اما بالاقرار او الانكار كلاهما بالاتفاق فاذا صح استثنا
الاقرار علم ان الوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اشار في الطريقة البرغرية **قوله** وكذا
لو وكله بالجواب هذه مسئلة مبتداه خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب
مطلقا فهو على هذا الخلاف ايضا فعندهم يقيد بجواب هو خصومة اذ العادة جرت في التوكيل بذلك
ولهذا اختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد به لانه العرف **قوله** ان التوكيل صحيح
قطعا اي ثابت من كل وجه بلا شبهه بالاجماع **قوله** لا احدهما عينا وهو الانكار فانا اذا
عرف ان المدعي محق لا يملك الانكار شرعا وتوكيله بما لا يملك لا يجوز شرعا والديانة تمنعه من ذلك
فحملنا على المجاز وهو الجواب مطلقا تحريا لصحته قطعا وطريق المجاز موجود ولو استثنى الاقرار
في المبسوط استثنا الاقرار ظاهر الروايه وعن ابي يوسف لا يصح لان من اصله ان صحة الاقرار
باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير بابا لوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما
لو وكله بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع كان الاستثنا باطلا فكذا ههنا وجه ظاهر
الرواية ان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك الحقيقة الى المجاز باعتبار الشرع اذ الخصومة مهجوره

شرعا فيصار الى المجاز وهو الجواب وبهذا الاستثنا تبين ان مراده حقيقة الخصومة لا الجواب
الذي هو مجاز لان للتنصيص زيادة دلالة على انه مالك للانكار ولا عبرة لدلالة الحال عند الصريح
بخلافه **قوله** لانه اي الموكل لا يملكه اي لا يملك الانكار عينا شرعا لانه لا يعلم ان الانكار
حقه عينا وانما يصير الانكار حقه عينا اذا علم ان المدعي مبطل في دعواه فتعذر تصحيح الوكالة
بالانكار عينا **قوله** وعن محمد انه اي استثنا الاقرار يصح لما ذكرنا ان للتنصيص زيادة دلالة
على ملكه اي ملك الموكل اياه للانكار وعنه اي عن محمد انه فصل الى اخره في التتمة عن محمد انه صحح
استثنا الاقرار من الطالب لانه مخير فلا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني المدعي لما كان مخيرا
من الاقرار والانكار افاد الاستثنا فايدته في حقه اما من المطلوب لا يصح استثنا الاقرار لانه
لا يفيد ذلك لان المدعي لما صحح دعواه فالمطلوب مضطر ومجبور على الاقرار لعرض اليمين عليه فلو
مجبورا عليه وكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري
في الايمان فلا يفيد استثنا الاقرار فايدته **قوله** واقراره اي اقرار الموكل لا يختص بمجلس
القضا لانه موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضا ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضا **قوله** ان
الوكيل يتناول جوابا الى اخره لان التوكيل امر بما هو مالك له والذي يملكه في معاملة الخصومة هو
الجواب لا الانكار فحسب فانه لا يملكه اذا عرفه محقا في دعواه بل يملك الاقرار حينئذ فيثبت
ان ملكه قطعا مطلق الجواب لا الجواب مقيدا فعلم انه وكله بجواب سمي خصومة حقيقة كالانكار
او مجازا كالاقرار في مجلس القضا وسمي الاقرار في مجلس القضا خصومة كما سمي جزاء العدوان جزاء
كما في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء السيئة سيئة في قوله وجزاء سيئة سيئة
مثلها الخ وحده في مقابلة السيئة اولانه اي الخصومة على تاويل التخاصم وفي بعض النسخ او لانها
سبب له اي للاقرار اذ الخصومة سبب الجواب والجواب سبب للاقرار لان الجواب تارة يكون
بلا وتارة بنعم فكانت الخصومة سببا للاقرار بالواسطة واطلاق اسم السبب على المسبب مجاز
ولان مجلس القضا مجلس الخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازا بخلاف الاقرار في غير مجلس
القضا لانه لا يسمى خصومة لا حقيقة ولا مجازا ويملكه الاقرار باعتبار دخوله في مطلق الجواب
قوله وصار اي الوكيل المقر في غير مجلس القضا كالاب او الوصي المقر في مجلس القضا حيث لا يصح
اقرارهما ولا يدفع اليهما لان ولايتهما باعتبار النظر وهو في حفظ المال والاقرار لا يكون حفظا بل
هو اضاعة فاذا اخذ المال من الغريم لا يدفع اليهما للتناقض كما لو ادعيا مالا للصغير على رجل فانكر
فصدقه الاب او الوصي ثم جايد عي المال لا يدفع المال اليه لانهما خرجا من الولاية والوصاية فكذا
الوكيل وحاصل مسئلة الوكيل بالخصومة على خمسة اوجه احدها ان يوكل مطلقا بلا تعرض لاقرار
فيصير وكيلا بالانكار بالاجماع وبالاقرار عندنا خلافا لزفر والشافعي وثانيها ان يوكل بها غير جايز
الاقرار فيه يصير وكيلا بالانكار وعن ابي يوسف لا يصح هذا الاستثنا وثالثها ان يوكل بها غير
جايز الانكار فيه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثنا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يصح استثنا
الانكار ورابعها ان يوكل بها جايز الاقرار عليه فيه يصير وكيلا بالانكار والانكار والاقرار
عندنا خلافا للشافعي فعلم منه ان الوكيل بالاقرار صحيح عندنا وبه قال مالك واحمد والشافعي في
الاظهر وعنه في وجه لا يصح وخامسها ان يوكل بها غير جايز الانكار وغير جايز الاقرار اختلف
المتاخرون فيه **قيل** لا يصح هذا الوكيل لانه اذا استثناهما لم يبق ما ليه سي وعن القاضي صاعد
النيسابوري يصح التوكيل ويصير وكيلا بالسكوت في مجلس القضا حتى يسمع البينه عليه وانما يصح التوكيل

نكار

هذا القدر لا ربما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل
به الكل من الذخيرة **قوله** فانعدم الركن اى ركن الوكالة وهو العمل لغيره فانعدم عقد
الوكالة بانعدام ركنه **فان قيل** يشكل بما ذكره في الجامع ان رب الدين لو وكل المديون
بابرا نفسه عن الدين صح والمديون في ابرا نفسه عامل لنفسه **قلنا** ذكر شيخ الاسلام لا يصح
هذه الوكالة فيمنع اولا ولئن سلم فانما يصح لان الابرا تمليك ولهذا يرتد بالرد كما في قوله طلقي
نفسك فلا يرد نقضا لان كلامنا في الوكالة لا في التمليك **فان قيل** ينبغي ان يصح وكالة الكفيل
لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه يقع ضمنا والاعتبار للمتضمن الذي هو الاصل لا للمتضمن
قلنا لا نسلم بل عمل الانسان لنفسه اصل اذ الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره
فان قيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان يبطل الكفالة بالوكالة كما يبطل الوكالة
بالكفالة فانه ذكر في جامع المحبوبي والوكيل بقبض الدين لو ضمن المال للموكل يصح وتبطل الوكالة
فكذا ينبغي ان يبطل الكفالة بالوكالة المتاخرة **قلنا** الكفالة تصلح مبطلة للوكالة وناسخة
لها لا على العكس لان الشي يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه فيبطل الوكالة
بالكفالة لانها فوقها اما لا يبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة دون ولان قبول قوله اى قول
الوكيل ملازم لعدم راى الوكيل بانعدام لازمه وهو قبول قول الوكيل **قوله** ضمن قيمته
اى قيمة العبد للغرما سوا كان معسرا او موسرا فلو وكله الطالب اى وكل الطالب المولى لما
ضمناه وهو قوله والوكيل من يعمل لغيره الى اخره **قوله** امر بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم
المال اى الدين وبه قال المزني وقال الشافعي ومالك واحمد لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين
ولا في الوديعة الا ان يقيم الوكيل بينة على وكالته محمد يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة
وعندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق واحتج الشافعي بانه تسليم لا تبريه عن الدين
فلا يؤمر به كما لو كان الحق عينا وكما لو اقر بان هذا وصي الصغير بخلاف ما لو اقر انه وارثه حيث
يؤمر بالتسليم لانه يتضمن ابراه فانه اقر بانه لا حق لسواه وقلنا اقر على نفسه بان له حق الاستيفا
لان ما يقضيه خالص مال الغريم لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وكان ما اداه المديون
خالص ماله وكان تصديقه اقرارا على نفسه بان المال يجبر على الادا وفي الذخيرة في المسئلة
نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان المديون يقضي مثل الدين
فما قبضه رب الدين منه يصير مضمونا عليه وله على المديون مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد
ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض باطل وجوابه ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من
حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله
بان يقول فلان وكلني بقبض دينه كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول
ارسلني ويقول اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه ويقول اقرضني **قوله**
فان حضر الغائب اى رب الدين فصدقه اى صدق الوكيل كان ما دفع اليه قضا لدينه والا اي
وان لم يصدقه دفع اليه اى دفع الدين اليه الى رب الدين ثانيا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد
ومالك وقال الشافعي في وجه له الرجوع على القابض والقول في ذلك اى في انكار الوكالة قوله
اى قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي عارضا وهو سقوط الدين بادائه
الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة فكان منكرا للعارض فكان القول له وبه قالت الائمة الثلاثة
قوله لم يرجع عليه اى لم يرجع على المديون على الوكيل لانه اى المديون صدقه اى صدق

قوله

الوكيل وهو اى المديون مظلوم يعني بانكار رب الدين الوكالة ظلم عليه وكذلك طلب الدين ثانيا
في هذا الاخذ اى اخذ رب الدين ثانيا والمظلوم اى المديون لا يظلم غيره فلا ياخذ من الوكيل بعد
الهلاك لان الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعد ما هلك المدفوع الاخذ منه ظلم وفي
الذخيرة والمبسوط المسئلة على اوجه اما ان يصدق الغريم وكالته اولا فان صدقه ولم يدفع المال اجبر
على الادا خلافا لابن ابي ليلى والشافعي واحمد لانه لم يثبت كونه وكيلا عند القاضي ولا به الاجبار
بعد ثبوت وكالته عند القاضي وقلنا ثبت ذلك عند القاضي بتصديق المطلوب لانه خبر لا يكذب
وكل خبر محمول على الصدق عند القاضي اذا لم يات معارض له وان انكر وكالته واراد الوكيل
استحلافه بعد وكالته استحلفه فان حلف برئ وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل لان نكوله كاقراره
ولو صدق على الطالب كما لو اقر وذكر الخصاف لا يحلف المطلوب على الوكالة عند ابي حنيفة
وعندهما يحلف على العلم لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فان انكر يحلف لكن على العلم لانه
ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكن على العلم لان الوكيل فعل الغير ولابي حنيفة ان
الاستحلاف يبتني على صحة الدعوى ودعواه ههنا لا تصح لانه لم يثبت كونه نائبا عن الامر اما
لو اقر الغريم بالوكالة وانكر الدين فعند ابي حنيفة يستحلف المطلوب وعندهما لا يستحلف لان
الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبت الوكالة باقراره **قوله** الا ان يضمنه
عند الدفع وصورة التضمين والتسديد في تضمينه وهو ان يقول اصدقتك في الوكالة ولكن لا
امن ان يجحد الطالب اذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانيا وهذا ضمان صحيح لانه
مضاف الى سبب الوجوب فان الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن
لك ما يغصبه فلان منك بغير حق واليه اشار صاحب الكتاب بقوله لان الماخوذ ثانيا مضمون
عليه اى على رب الدين في زعمهما اى زعم الوكيل والغريم وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض
اى قبض رب الدين ثانيا كما ذكرنا **قوله** بما ذاب اى يجب وهذا ماض اريد به المستقبل
وقد مر في الكفالة وجه التشبيه ظاهر **قوله** لم يصدقه في الوكالة ولم يكذبه ايضا بل
سكت **قوله** وهذا اظهر اى الدفع مع تكذيبه في الوكالة اظهر في حق جواز الرجوع على
الوكيل بالنسبة الى الصورتين الاوليين لانه لما رجع في الصورتين الاوليين مع انه لم يكذبه
فيهما فلان يرجع عليه في صورة التكذيب لان الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب لان الوكيل قبض منه
بشرط ان يستفيد المديون البراءة فاذا لم يستفد لم يكن المديون راضيا بقبضه بل هو في حقه
كالغاصب ذكره في المبسوط و**قوله** لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع عليه لرجا الاجازة وفي
الوجوه كلها وهي الوجوه الاربعة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين
ودفعه ساكتا بلا تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** اما ظاهرا اى في حالة
الصادق او حال ظهور العدالة في الوكيل لان الوكيل اذا كان عدلا كان صادقا ظاهرا او محتملا
اى في حالة الكاذب او في حالة كون الوكيل فاسقا او مستورا لاحتمال الصدق **قوله**
ليس له ان ينقضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وكما اذا كان الشفيع وكيل المشتري
ليس له الشفعة والا كان ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تم من جهة الشفيع • وفي
الكافي لو اقام الغريم بينة بعد التسليم الى رب الدين انه ما وكله او اقر الوكيل بان رب الدين ما وكله
لم يقبل ولو اراد ان يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك يبتني على صحة الدعوى ولم توجد
لكونه ساعيا في نقض ما تم من جهته اما لو اقام بينة ان رب الدين جحد الوكالة فاخذ مني ثانيا يقبل

لانه ثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو
قبضه المال فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فيعتبر قبض
الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشي ضمنا ولا يثبت قصدا لانه اقرار بمال الغير اي اقر له بعين مال
الغير لصادقهما على انه ملك المودع بخلاف الدين حيث يومر بالدفع لما قلنا انه اقرار على نفسه لان
الديون تقضى بامثالها ثم المودع اذا لم يومر بالتسليم وسلم وانكر رب الوديعة الوكالة وحلف
وضمن ماله المودع رجع المستودع على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان
قال هلك مني او دفعته الى الوكيل فان المستودع ان دفعه بتصديق الوكالة لم يرجع بشي ولو دفعه
بالسكوت او بانكار الوكالة او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا كذا في المبسوط ولو
دفعها في الوجوه كلها لا يملك استردادها لما ذكرنا انه ساع في نقض ما تم من جهته ذكره في شرح
الجامع والفوايد الظهيرية واذا لم يومر المستودع بالتسليم ولم يسلم فضاعت في يده هل يضمن قيل
لا يضمن وينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع فكان كالمنع من المودع **قوله** لا يبقى ماله
بالنصب وفي النهاية هكذا كان معربا باعراب شيخي اي لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته
اي منسوبا ومملوكا له فكان انتصابه على انه حال كما في كلمته فاه الى في اي مشافهة وعود
الدفع **قوله** لانه ما دام حيا اي لان المودع ما دام حيا وتقدمت حياته بانفاقهما فالوديعة
ملكه لانه اي المودع من اهله اي اهل الملك **قوله** فانه اي الغريم يدفع المال الى الوكيل
قوله لان الوكالة تثبت **فان قيل** لا يسلم ثبوت الوكالة **قيل** في جوابه لما
ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق فلما ثبت الدين باقراره ولم
ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين
عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لقيامه مقام الموكل كذا
قيل وفيه نوع تامل **قوله** ويتبع اي الغريم يتبع رب الدين رعاية لجانبه اي جانب الغريم
وهو المديون لانه اي الوكيل نايب والنيابة لا تجري في الايمان وفي الايضاح لا يحلفه على العلم
بان الطالب استوفاه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر يحلفه على العلم فان ابى ان يحلف خرج
عن الوكالة وكان الطالب على حجته وبه قال الشافعي ان ادعى علم الوكيل وان لم يدع لا يحلف ولهما
انه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لكان التحليف بطريق النيابة والنيابة لا تجري
في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم يعني ما تعلم ان مورثه استوفاه لان الحق يثبت للوارث
وكان مدعيا بطلان حقه بفعل وجد من المورث فكان الحلف بطريق الاصالة لا النيابة الا انه يحلف
على العلم في فعل الغير **قوله** وكله بعيب في جاريه اي برد الجارية بسبب العيب **قوله**
لم يرد عليه اي على البايع يعني القاضي لا يقضي بالرد حتى يحضر المشتري ويحلف وبه قال ابن ابي ليلى
وقال الشافعي واحمد لا يلتفت الى قول البايع فيرد كما في الدين ولا يمين على الوكيل اذا لم يدع
البايع علمه اما لو ادعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف ايضا **قوله** بخلاف مسألة
الدين حيث يومر بدفع الدين بدون حلف الوكيل لان التدارك ممكن هناك وفي المبسوط بين الفرق
بين مسألة العيب ومسألة الدين من وجهين احدهما ان حق الطالب ثابت بيقين اذ ليس في
دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاسقاط بعد تقرر السبب الموجب
فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط وفي مسألة العيب علم المشتري بالعيب وقت العقد
يمنع ثبوت حق الرد اصلا فالبايع بقوله رضي المشتري يزعم ان حقه في الرد ما ثبت اصلا فلانه من ان

يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد والثاني ان الرد بالعيب بالقضاء فسخ العقد والعقد اذا
انفسخ لا يعود فلو اثبتنا له حق الرد تضرر به الموكل بانفساخ العقد اما قضاء الدين فليس فيه فسخ
عقد فاذا حضر الموكل ولم يحلف يسترد ما قبضه الوكيل وهذا معنى قول المصنف لان التدارك
ممكن هناك الى اخره **قوله** اذا ظهر الخطا عند نكوله اي نكول الموكل وفي جامع قاضي خان
التدارك غير ممكن في مسألة الرد بالعيب لانه لا يتمكن من اعادة البيع بعد القضاء لان قضاء القاضي
في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر بطلان الحجة الا ترى ان عند محمد اذا لم ينفذ
قضاؤه باطنا في العقود والفسوخ كانت المسألة الثانية والاولى سواء اي يرد القاضي فيهما جميعا
وعند ابي يوسف لو كان المشتري حاضرا واراد الرد بالعيب لا يرده القاضي ما لم يستحلف المشتري
بالله بعدم الرضى بهذا العيب وان كان البايع لم يدع واذا كان المشتري غايبا لا يرد الا بعد اليمين
ايضا صيانة للقضاء عن البطلان **قوله** لان القضاء بالفسخ ماض الى اخره في الذخيرة ولو
حضر الموكل بعد رد الجارية بالعيب بدعوى الوكيل وادعى الرضا بالعيب واراد اخذ الجارية
وابى البايع ان يدفعها وقال لا سبيل لك عليها بعد نقض القاضي البيع فالقاضي يرد الجارية على
المشتري لان البايع ادعى رضاه بالعيب وصدقه الامر فاستند العقد بينهما الى وقت الاقرار وعلم
ان القاضي اخطا في قضايه بالرد فبقيت الجارية على ملك المشتري بعض مشايخنا قالوا هذا على
قول محمد فاما على قول ابي حنيفة لا سبيل للمشتري على الجارية لنفوذ القضاء ظاهرا وباطنا
عنده وقال بعضهم هذا قول الكل وهو الاصح لان نقض القاضي البيع لم يكن بناء على دليل
موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا المشتري ثم ظهر الدليل بخلافه وفي
مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاد ثم وجد نص بخلافه وهكذا ذكر في المبسوط وشرح
الجامع الصغير **قوله** ولا يستحلف المشتري عنده اي عند ابي حنيفة بعد ذلك اي بعد نكول
الموكل لانه اي الاستحلاف لا يفيد يعني متى نفذ قضاء القاضي ظاهرا وباطنا لا يكون للبايع ان
يستحلف المشتري اذا اصر على الرضا لانه لا فايدة في استحلافه لان فايدته ان ينكل فيظهر انه كان
راضيا بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشتري وان القاضي اخطا في قضايه بالفسخ ولكن عند ظهور
الخطا في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده حتى قال المشايخ يجب ان يتحد الجواب في فصل
الدين والرد بالعيب ولا يوخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسألة الدين لان
القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم **وقيل** والاصح عند ابي يوسف ان
يوخر في الفصلين اي فصل الدين وفصل العيب لانه يعتبر النظر اي ابو يوسف يعتبر النظر لان
من مذهبه ان القاضي لا يرد المبيع على البايع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلفه
القاضي بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البايع فاذا كان المشتري غايبا لا يرد عليه ما لم
يستحلف صيانة لقضايه عن البطلان ونظر للبايع والمديون فصار عنده روايتان في رواية
مثل قول محمد وفي رواية يوخرهما اعتبارا للنظر **قوله** فالعشرة بالعشرة فيكون ما اخذ من
الموكل ملكا للوكيل قال التمرتاشي هذا اذا كانت العشرة المدفوعة قايمة وقت شرايه وكان
يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن كان نوى تلك العشرة اما اذا كانت العشرة المدفوعة مستهلكة
او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه وبضيف العقد يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق
لان الدراهم تتعين في الوكالات وكذا لو اضاف العقد الى غيرها والحكم فيه اي في الوكيل بالشرا
ما ذكرناه وهو ان يشتري الوكيل ما وكل به من مال نفسه ثم يرجع به على الموكل وقد قررناه اي في باب

الوكالة بالبيع والشراء قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله الى اخره واما قلنا انه
وكيل بالشراء لانه يحتاج في الانفاق الى شراء ما يحتاج اليه في النفقة فيكون وكيلا بالشراء واذا كان
وكيلا بالشراء فيحتاج ان ينقد الثمن من دراهم نفسه لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في
الاحوال كلها وقد يطرق في السوق بشراء شيء يحتاج في النفقة فيحتاج الى ان ينقد الدراهم من ماله
على سبيل الاقراض فلم يجعل متبرعا لانه خالف امر الامر لان الوكالة تعلقت بالدراهم المدفوعة بدليل
انها لو هلكت بطل الوكالة فاذا كان مقيدا بها فقد نقد من ماله لانه ملكه دفعه اليه لمقصوده وقد استغنى
عنه كذا في المبسوط وانما ذكر بقوله وقيل هذا استحسان احترازا عن القول الثاني وهو قوله
وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وصورته ان يدفع المديون الى رجل الفا وقال ادفعها
الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل الى فلان من مال نفسه قضاء عنه في القياس يكون متبرعا حتى لو اراد
المامور حبس الالف المدفوعة لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك و **قوله** لانه ليس
بشراء لكن القياس يعني فلما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل
فلم يجعله متبرعا الا لزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا واما في مسالة الانفاق رضي الامر
بثبوت الدين في ذمته للوكيل لانه امره بالانفاق والامر بالانفاق امر بشراء الطعام والشراء لا
يتعلق بعين تلك الدراهم بل يتعلق بمثلها في الذمة ثم يثبت به حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت
الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا واما ما ذكر في وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات الى
اخره **قلنا** تتعين في حق الوكالة اما لا تتعين في حق القضاء حتى ان للمطلوب ان يدفع الى الطالب
دراهم غير ما دفعها الى الوكيل والقضاء لا يبطل بهلاكها وباعتبار الوكالة ان صار متبرعا فباعتبار
جانب القضاء لم يصر متبرعا لانها لا تتعين في حق القضاء فلا يجعل متبرعا بالشك فرجح جانب القضاء صيانة
لملكه عن الزوال بغير بدل كمن دفع الى غيره الفا ليتصرف فيها فانه يجعل قرضا لا هبة وان احتمل
الدفع هذين الامرين صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل وكمن اعطى غيره مالا وقال لج به او اغز به
في سبيل الله او انفقه على نفسك وعيالك كان قرضا حتى لو اختلفا فالقول للمعطي وكمن زوج ابنته
وسلمها مع الجهاز ثم ماتت البنت فقال الزوج هبة وقال الاب بل اعرتها فالقول للاب ويحمل على
العارية صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل كذا ذكره المحبوبي في جامعه واحال المسالة الاخيرة
الى شرح السير الكبير لشمس الائمة **قوله** فلا بد خلافه اي القياس والاستحسان فيما ذكرنا من مسالة
الانفاق ولو وكله باجارة الدار والارض فله ان يؤجرها بالنقد والمكيل والموزون وبالحيوان
المعين وبالموصوف بالاتفاق فاما عند ابي حنيفة فظاهر لانه كالوكيل بالبيع بالنقد للعرف ولا عرف
ههنا بان الاراضي تؤجر بغير النقد ايضا هكذا ذكره وفي بعض المواضع جعل الخلاف كما في البيع
ولو وكله بان يستاجر ارضا له فاخذها مزارعة لم يجز عنده لعدم مروته جواز المزارعة وعندهما
يجوز ولو وكله بالصلح عن دم عمد فصالحه على مال قليل صح عنده كالوكيل بالبيع خلافا لهما

باب عزل الوكيل

اخر العزل لانه بعد الاثبات **قوله**
بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي قيد بهذين القيدين لانه لو وكل المدعى عليه
لا بطلب المدعي يملك المدعى عليه عزله وكذا ان كان الوكيل من جانب الطالب يملك الطالب عزله
سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه او لا وعدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما
اذا كان العزل عند غيبة الطالب وبحضوره يصح عزله سواء رضي به الطالب او لا والى هذه
القيود اشار في الذخيرة وقال مالك اذا تثبت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله

في الغيبة

٢٢٤

في الغيبة والحضور وعند الشافعي واحمد يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير ام لا
لا الوكالة عقد جائز غير لازم **قوله** فصار كالوكالة التي في ضمن الرهن اي الوكالة المشروطة
في عقد الرهن فان الراهن لا يملك عزله لما فيه من ابطال حق المرتهن وكذا فيما نحن فيه لان
الوكالة اذا كانت بالتماس الطالب ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل وهو ان يحضره مجلس
الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله بطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة معه
ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل اصلا لانه ان لم يمكنه مع الوكيل يمكنه
مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيلا اخر وبخلاف ما اذا كان التوكيل بغير التماس الطالب
لانه رضي ببطلان حقه حيث لم يلتمس وكيلا مع علمه ان الموكل ربما يغيب فلا يمكنه الخصومة معه
قوله فهو على وكالته وتصرفه جائز عندنا وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية واحمد
وقال الشافعي في الاصح ينعزل وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية لانه بالعزل يسقط حق
نفسه لان عقد الوكالة لحق الموكل والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق فانه يجوز بدون
علم المراة والعبد ولنا في انعزاله بدون علمه اضرار به لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل ثم يظهر
انه غير وكيل فيلحقه غرم وضمان لانه اذا نقد من مال الوكالة او سلم المبيع يضمنه فيتضرر به ولان
العزل خطاب ملزم للوكيل يمنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب
الشرع فان اهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم النبي
عليه السلام حين لم يعلموا به وكذلك كثير من الصحابة شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم
بذلك وفيه نزول قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا الاية **قوله**
للوجه الاول وهو ان في العزل ابطال ولايته وهو اضرار به لان الوكيل لما زوج او طلق او باع
او اشترى على ادعائه وكالته ثم لو صح عزله بغير علمه كان تكذيبا للوكيل فيما ادعى من الوكالة فيبطل
ولايته وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه وهذا المعنى شامل للطلاق وغيره ولذا الوكيل
عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة وعند الشافعي واحمد ومالك في رواية
ينعزل وقال مالك ان كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه وفي الذخيرة بانكار الموكل
الوكالة لا ينعزل وفي شرح الوجيز وجحد الوكيل الوكالة رد للوكالة ان لم يكن لنسيان او غرض
في الاخفاء وان كان لعمد ولا غرض في الاخفاء لا ينعزل وعلى هذا جحد الموكل وانكاره **قوله** وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدد او العدالة في المخبر اي في فصل القضاء بالمواريث في قوله ولا يكون
النهي عن الوكالة الى اخره **قوله** تبطل بموت الموكل وكذا بموت الوكيل وجنونه المطبق ولا
خلاف في هذا كله **قوله** فيكون لدوامه حكم ابتدائه وفيه اشارة الى ان التصرف اذا كان لازما
لا يكون لدوامه حكم ابتدائه والمعنى انه اذا كان غير لازم يملك الوكيل في كل لحظة نقضه وفسخه فلما لم
يفسخ جعل امتناعه عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف اخر من جنسه ابدا الا انه يمكن مكان المبتدي والمنشي
كما قال صاحب الكشاف في قوله اشتروا الضلالة بالهدى مع عدم هداهم كانه جعل تمكنهم من الهدى
فصار كان الهدى في ايديهم فاذا تركوه الى الضلالة استبدلوها به وقد ذكر شمس الائمة في اصول
الفقه ان ترك الفعل فعل عند اهل السنة لما فيه من استعمال احد الضدين والانتهاء عن المنهي عنه يتحقق
بالترك وذلك لان حقيقة الانتهاء الامتناع عن ايجاد المنهي عنه ولهذا يثاب على الانتهاء فلا بد ان يكون
الانتهاء امرا وجوديا حتى يكون مثابا به وليس بعد ترك الفعل في الانتهاء الا ان يحل المحل كالمنشي
للفعل لانه في الحقيقة ابقاء العدم على العدم الاصلي اما اذا كان التصرف لازما لا يأتي هذا المعنى

لان المتصرف لا يمكن من فسخه في كل لحظه فلا يحصل امتناعه عن العزل بمنزله الابتدا والابتدا لذلك
لان الشي انما يتصور تقديرا ان لو تصور حقيقته واذا ثبت ان للتوكيل حكم الابتدا في كل لحظة
وابتدا التوكيل لا يتصور من هولا فكذا البقا كذا قرره في النهايه وهذا معنى قوله فلا بد من قيام
الامر اي امر الموكل بالتوكيل في كل ساعه وقد بطل اي امر التوكيل بهذه العوارض اي الموت والجنون
والارتداد ولا يشكل بالبيع بالخيار فانه غير لازم ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر لان الاصل
في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل
العارض لعدم بقا الخيار بموته وفي الذخيره انما يبطل الوكاله بالجنون اذا كان في موضع
يملك الموكل عزله اما اذا كانت لازمه بحيث لا يقدر الموكل عزله كما في الوكاله المشروطه في عقد
الرهن لا يبطل بجنونه وان كان الجنون مطبقا بفتح الباء حنون مطبق بالبا المكسوره اي دايم والحمى المطبقه
هي الدايمه كذا بخط الزرنوجي وقيل مطبقا مستوعبا من اطبق الغيم السما اي استوعبها **قوله**
قالوا الحكم المذكور اي بقوله قبل هذا ولحاقه بدار الحرب وقيد بلحاقه لانه لو ارتد ثم اسلم
قبل اللحاق فهو على وكالته لان ملكه لم يزل قبل اللحاق بل يتوقف وباسلامه قبل اللحاق يتقرر
ملكه الا يرى انه لو باع بنفسه ثم اسلم نفذ بيعه فكذا يبقى وكالته في جميع التصرفات ما خلا
النكاح فانه بالرده يخرج من كونه مالكا للنكاح بنفسه فتبطل وكالته به اصلا ثم لا يعود الا
بالتجديد كذا في المبسوط وعندهما بلحاقه وبه قالت الايمه الثلاثه **قوله** لان ردتها
لا تورث عجزها لانها لا تقتل وفي المبسوط لو وكلت قبل الارتداد مثلها او مسلما لا يبطل
وكالتها وكذا يصح توكيلها حال ردتها الا ان توكل بالتزويج وهي مرتده حيث لا يصح لانها
لا تملك ان تزوج نفسها فكذا لا يصح توكيلها به ولو زوجها الوكيل في حال ردتها لم يجز ولو
زوجها بعد اسلامها جاز كالمعتده والمنكوحه اذا وكلت انسانا بان يزوجها فيكون التوكيل
مضافا الى ما بعد العده والنكاح فكذا ههنا مضافا الى ما بعد الاسلام بخلاف ما اذا وكلت
في اسلامها ثم ارتدت ثم اسلمت فزوجها لم يجز لانها بالارتداد خرجت من اهليه النكاح فيكون
ذلك عزلا لوكيلها وبعد ما انعزل لا يكون وكيلا الا بتجديد **قوله** او الشريكان اي
وكل واحد من الشريكين الثالث **قوله** هذه الوجوه يبطل الوكاله في المبسوط هذا اذا
كانت الوكاله بالبيع والشرا اما لو كان التوكيل بقضا الدين او التقاضي لا يبطل بعجز المكاتب
وحجر المأذون لا في كل شي وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالبا بايفايه
واستيفايه ولهذا ليس لمولى العبد ان يتقاضى دينه ان كان عليه دين او لا لانه ان كان عليه
دين فكسبه حق غرمايه والمولى فيه كالاجنبي وان لم يكن عليه دين فوجوب المال بعقد
العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل وما وجب من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة
به فههنا اولى **قوله** كالوكيل بالبيع اذا باعه اي المبيع الموكل حيث يصير الوكيل معزولا
حكما لفوات محل تصرف الوكيل وجن اي الوكيل جنونا مطبقا اما لو جن ساعة ثم افاق فهو على وكالته
وجعل هذا كالنوم ذكره في التتمه **قوله** لم يجز له اي للوكيل المرتد التصرف قال شيخ الاسلام
في مبسوطه هذا اذا حكم القاضي بلحاقه واليه اشار في مبسوط شمس الايمة لانه لما قضي بلحاقه
فقد موّته او جعله من اهل دار الحرب فبطل الوكاله اما قبل القضا باللحاق لا يخرج عن الوكاله
بالاتفاق **قوله** وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما **قوله** لمعاني قايمه به اي
بالوكيل من الحريه والعقل والبلوغ والقصد في ذلك التصرف والكل قايم وصحة التوكيل لحق الموكل

وحقه قايم ايضا بعد لحاقه ولكنه عجز عن التصرف لعارض على شرف الزوال فاذا زال صار كان
لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزله ما لو اغمي على الوكيل ولابي يوسف انه اي الوكيل اثبات
ولايه التنفيذ لا ولايه اصل التصرف وباللحاق اي القضا باللحاق صار ميتا وبذلك ابطال ولاية
فبطل الوكاله فلا يعود اي ملك التنفيذ كملكه في ام ولده والمدبر يعني بعتق ام ولده ومدبره
بالقضا بلحاقه وبعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما فلا يرتفع العتق فكذا الوكالة التي بطلت
لا تعود **قوله** ولو عاد الموكل مسلما الى اخره اي عاد بعد القضا بلحاقه وبه صرح في
المبسوط وعن محمد انه اي الوكيل يعود اي عقد الوكاله والفرق له اي لمحمد على الظاهر اي
على ظاهر الروايه والحاصل ان ابا يوسف سوى بين الفصلين ومحمد فرق بينهما فقال في عود
الوكيل يعود الوكاله في جميع الروايات وفي عود الموكل لا يعود في ظاهر الروايه والفرق
ان الوكاله تعلقت بملك الوكيل وقد بطل ملكه فبطلت الوكالة على الثبات فاما برده على الوكيل
لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف لعارض على شرف الزوال
كما ذكر فاذا زال العارض فصار كان لم يكن وفي السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل على وكالته
في هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد عاد ماله على قديم ملكه والوكاله تعلقت بقديم
ملكه فيعود بعود قديم ملكه كما لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب
بقضا عاد الوكيل على وكالته هذا مثله كذا في المبسوط **قوله** ومن وكل اخر بشي ثم تصرف
بنفسه الى اخره ولا خلاف فيه وفي الذخيره الاصل في جنس هذه المسايل ان الموكل متى احدث
فيما وكل ببيعه تصرفا قبل بيع الوكيل فان كان تصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة
والا فلا لانه اذا عجز عن البيع عجز عن الامتثال فبالعجز يخرج عن الوكاله فاذا باع او وهب
او تصدق وسلم او وطي واستولد يخرج الوكيل عن الوكاله ولو وطي ولم يستولد او اذن
في التجارة او استخدم لا يخرج الا يرى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر بيعه
فكذا وكيله ولو رهن او اجر لم يخرج في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يخرج لعدم جواز
بيعه المرهون والمستاجر **قوله** او كاتبه الوكيل بنفسه يعني يخرج الوكيل عن الوكاله اما
لو اسره اهل الحرب فادخلوه في دارهم فاشتراه منهم لم تعد الوكاله ولو اخذه من المشتري
منهم بالثمن او غنم ووقع في سهمه بالغنيمه فهو على وكالته لعوده الى قديم ملكه اما المشتري
منهم يملكه بملك جديد ولو وكله بعتق امته فاعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب
واسترقت فملكها المولى لم يجز عتق الوكيل لانه مامور بازالة الرق الذي كان فيها وقد زال
وهذا الحادث رق متجدد لتجدد سببه فلا يكون وكيلا بازالته **قوله** ففعله بنفسه اي
زوجها الموكل بنفسه او اشتراه بنفسه كان ذلك عزلا حتى لو ابانها بعد التزوج لم يكن للوكيل
ان يزوجها اياه **قوله** لبقا الحاجة يعني مقصود الموكل لم يحصل بمباشره الوكيل للعقد
الاول مع بقيد ولا منافاه بين حكم ذلك العقد وبين الوكاله الا يرى ان ابتدا التوكيل بعد
تزوجه صحيح حتى اذا فارقها زوجها منه فبقاؤها اولى وذلك لانها لما لم يكن محلا عند الوكالة
لما امره صار التوكيل كالمضاف الى ما بعد صيرورتها محلا والتوكيل يحتمل الاضافه ويحصل
مقصود الموكل في ذلك ولو ارتدت تلك المراة المعتده ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاسلمت فزوجها
الوكيل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما لان من اصلهما ان تسميه المراة مطلقا في التوكيل ينصرف الى الحره
وعنده لا يتقيد بالحرة ولو كان الموكل تزوج ذات محرم رحم منها او اربعا سواها بطلت الوكالة

لان الموكل صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها **قوله** او واحدة وانقضت عدتها اي في
الواحدة اما في الثلاث لا حاجة الى انقضاء العدة لانه لم يبق محلا للطلاق بعد فيعزل الوكيل اما
في الواحدة ما دامت في العدة يملك طلاقها فيبقى الوكيل على وكالته وبعد الخلع ما دامت في العدة
يملك الزوج ايقاع الطلاق عليها عندنا خلافا للشافعي فيبقى الوكيل على وكالته وبعد انقضاء
العدة بطلت الوكالة لانه لا يملك الايقاع عليها ولو تزوجها بعد العدة لا تعود الوكالة لانه يمكن
الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم يتناوله فلا تعود باعتباره وعلى هذا لو ارتد الزوج
او المراة فطلاق الوكيل يقع عليها لبقاء تمكن الزوج من الايقاع اما لو لحق الزوج بدار الحرب بطلت
الوكالة لان ذلك بمنزلة الموت كذا في المبسوط وفي الذخيرة لو قال اخلعها ثم طلقها الامر بنفسه
خرج عن الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح وما ذكر في شرح القدوري لو طلق بنفسه اذا وكله
بطلاقها خرج عن الوكالة محمول على الطلاق الثلاث او بعد انقضاء العدة لما ذكرنا **قوله** بقضاء
قاض قيد به لانه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع وذكر المسألة
في المبسوط في الرد بالقضاء من غير خلاف في جواز البيع للوكيل ثانيا ووضع المسألة في الامة بعد قال وقال
لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فعادت الى قديم ملكه وانتقاض الوكالة كان حكما لزوال ملك الموكل
فاذا عاد ملكه عادت الوكالة كما لو كان الرد بخيار الشرط للبائع او المشتري او بفساد البيع او بخيار
رؤية لان هذه الاسباب يفسخ العقد من الاصل بخلاف ما لو رده بالعيب بالتراضي او بالاقالة لان
هذا السبب كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وفي الكافي وهذا ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه منع له عن التصرف فصار كالعزل فلا يعود وكلا الا
بتجديد الوكالة وفي التتمة ولو باعه الوكيل فرد عليه بعيب بالقضاء كان ان يبيعه ثانيا فكذا اذا رد
على الوكيل يعود بقديم الملك فيما **قوله** لانه مختار اي الواهب مختار في الرجوع دليل عدم
الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا الى الرجوع فكان دليلا على بعض الوكالة وفي التتمة قال محمد لا يشبه البيع
الهبة لان الوكالة بالبيع لا ينقضي ولهذا الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة
فاذا انفسخ والوكالة باقية جاز له البيع ثانيا اما الوكالة بالهبة ينقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك
الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد بملك جديد ولا وكالة فلا يتمكن
الوكيل من الهبة ثانيا

كتاب الدعوى

اعقبها على كتاب الوكالة لما
ان الوكالة بالخصومة مفضية الى الدعوى فكان كالسبب والمسبب يعقب السبب فالدعوى
لغة اسم للادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالا والفها للتانيث فلا ينون وجمعها
دعاوي بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوي **وقيل** الدعوى لغة قول يقصد به ايجاب
حق على الغير وذكر شيخ الاسلام والمحبوبي الدعوى لغة اضافة الشي الى نفسه بان قال لي
ومنه دعوة الولد وشرعا اضافة الشي الى نفسه في حالة المنازعة وفي الكافي المصدر الادعاء
افتعال من دعا والدعوى اسم له ومنه قوله تعالى دعواهم فيها سبحانك اللهم ودعا ثم فعنا
الدعا والدعوة بالفتح المدعاة وهي المادبة وبالكسر في النسب والمدعي عرفا من يقصد ايجاب
الحق على غيره ولا حجة له اذ بعد اقامة الحجة فتسميته القاضي محقا ولا يسمى مدعيا ولهذا يقال مسيلمة
الكذاب مدعي النبوة ولا يقال لنبينا عليه الصلاة والسلام مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزات
والمال المدعى والمدعى به خطا فركنها اضافة الشي الى نفسه • وشرط جوازها مجلس القضاء فالدعوى
في غير مجلس القضاء لا يصح حتى لا يستحق على المدعى عليه الجواب • وحكمها وجوب الجواب على المدعى

فكان ذلك اي الرجوع صح

عليه وسببها ما هو سبب للمعاملات من تعلق بقاء المقدور وفي المبسوط والتحفة وجامع المحبوبي
سبب فساد هاشيان جهالة المدعي وكونها لا يكون ملزما لجواب الخصم **قوله** ومعرفة
الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعى عليه من اهم الامور وذلك لان الانسان قد يكون مدعيا صورة
ومع ذلك القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب **قوله**
واختلفت عبارات المشايخ فيه اي في الفرق بينهما **قيل** المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات
ولا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشي ليس لك لا يكون خصما ومدعيا
ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا
لك كان خصما بهذا القدر وقوله وهو لي فضل من الكلام غير محتاج **وقيل** من ادعى باطنا
ليزيل ظاهرا او قرار الشي على هيئته فهو المدعى عليه **وقيل** المدعي من شهد في يد غيره لنفسه
والمدعى عليه بما في يده لنفسه ولو شهد بما في يده لغيره هو مقر كذا في المبسوط وشرح الطحاوي
وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر اذ الظاهر ان الاملاك في يد الملاك والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على اخر فانكره فالمدعي شغل ذمته بحقه
والمدعى عليه هو المنكر متمسكا بالاصل وهو براءة ذمته فلو اقر بالدين وقال قضيته اياه
كان هو المدعي لان القضاء يعرض على الوجوب فكان امرا عارضا وكذا لو ادعى الابراء او التاجيل
فهو المدعي لدعواه العارض بعد الاشتغال وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر والاخر
هو المدعي وهذا صحيح ولكن الشان في معرفته اي في معرفة المنكر والترجيح بالفقه اي بالمعنى دون
الظاهر **قوله** لانه منكر اي المودع بدعوى الرد منكر الضمان اي لوجوب الضمان معنى لانه
يتمسك بالاصل اذ الاصل في الذمم البراءة ويحلفه القاضي انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه
على انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفي **فان قيل** المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس
بثابت وهو الرد اذ الرد لم يكن ثابتا والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا فينبغي
ان يكون الامر على العكس **قلنا** المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى وهو اصل والمودع يدعي
الشغل ولم يكن ثابتا ولهذا يقبل بينته اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى
فان قيل يشكل هذا بما اذا ادعى المديون دفع الدين الى وكيل رب الدين ثم حضر رب
الدين وانكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة مع ان المديون يدعي البراءة **قلنا**
المديون يدعي البراءة ههنا بعد الشغل فكان الشغل اصلا والبراءة عارضا اما في رد الوديعة فالبراءة
اصل والشغل عارض كما ذكرنا فكان القول له **قوله** حتى يذكر شيئا معلوما **اعلم** ان الدعوى
نوعان صحيحة وفاسدة والفاسد ما لا يتعلق به الاحكام رأسا وفساد الدعوى اما ان لا يكون
ملزمة شيئا على الخصم او يكون المدعي مجهولا في نفسه ولا نعلم فيه خلافا الا في الوصية فان الائمة الثلاثة
يجوزون دعوى المجهول في الوصية فان ادعى حقا من وصية او اقرار فانهما يصحان بالمجهول ويصح دعوى
الابراء المجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات
الناس وعن مالك لا يسمع دعوى الدني على الشريف اذا لم يعرف بينهما سببا وفي الذخيرة فان كان المدعى
مكيلا لا بد من ذكر جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعه انها سقية او برية او ربيعية ويذكر
مع ذلك صفتها كالحنطة البيضاء والحمراء ويذكر انها جيدة او ردية ويذكر قدرها بالكيل بانها كذا قفيزا
بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف
اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال

قوله به قبل القبض وان كان من ثمن مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفا
وكذا في الشهادة اي يكلف المدعا عليه باحضار المدعي ليشير اليه عند ادا الشهادة والاشارة ابلغ في
التعريف لعدم بقا الاحتمال حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها
او بعث امينا وفي المحيط قال الاسبيجابي في مسلة سرقة البقرة لو اختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده
خلافا لهما وهذه المسلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوي اذ لو شرط لاحضرت
ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون ويتعلق بالدعوي اي بدعوى الصحيحة
بحرفها وجوب الحضور اي حضور المدعي عليه والمطالبة بالجواب وعلى هذا القضاة اي على وجوب
الحضور بمجرد الدعوى الصحيحة من احرهم اي باجمعهم يعني الفقها والمجتهدين وذلك ثابت ايضا
بالنص قال تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون لحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور
بعد ما طولب فدل ان الحضور يستحق عليه و **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله كلف احضارها
ليشير اليها فان لم يكن حاضره بان كانت هالكة ذكر اي المدعي قيمتها اي قيمة العين لان العين لا تعرف
بالوصف اذ ربما يوجد اعيان كثيرة بتلك الوصف فلا يكون المدعي معلوما به والقيمة تعرف به
اي بالوصف فانه اذا قال مثلا قيمته عشرة دراهم من الفضة الجديد او كذا دينارا من الذهب
الركني يصير قيمته معلوما بهذا الوصف كذا قيل وفي النهاية والقيمة شي يعرف العين بذلك الشي
وقال قاضيخان وصاحب الذخيرة لو كان العين غايبا وادعى انه في يد المدعي عليه فانكر
ان بين المدعي قيمته وصفته يسمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا
ادري انه هالك او قايم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان
ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به **وقيل** لا بد من بيان قيمته وقال فخر الاسلام
اذا كانت المسلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين يسمع
دعواه وعند الايمة الثلاثة ذكر القيمة في التالفة اكد **قوله** وقد تعذر مشاهدة
العين يعني لما تعذر المشاهدة اقيم الوصف والقيمة في الغايب مقام المشاهدة واليه اشار في المبسوط
قوله حدده اي ذكر حدوده يقول حددت الدار احدها حدا والتحديد مثله والعقار بالفتح الارض
والضياع والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار كذا في الصحاح وذكر اي المدعي انه اي العقار وانه
اي المدعي طالبه المدعا عليه بالمدعا لتعذر النقل اي نقل العقار ولا يمكن ان يحضر القاضي على العقار
لانه حينئذ يعجز عن اقامة حقوق الناس لكثرة الدعاوى في العقار والعقار يعرف به اي بالتحديد
قوله وان كان الرجل مشهورا كابي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن ابي ليلى وابي حفص الكبير البخاري
يكتفي بذكره اي بذكر الرجل بدون نسبته **قوله** خلافا لزفر فانه يقول التعريف لم يتم بدون
ذكره و **قوله** لوجود الاكثر دليلنا اذ اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع ثم مقدار الطول
يعرف بالحدين ومقدار العرض بذكر احد الحدين وقد يكون الارض مثلثة كذا قيل وفيه نوع تامل
قوله لانه يختلف فيه به اي بالغلط المدعي ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شرا شي بثمن
منقود فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم يقبل كذا
قيل وفيه نوع تامل **قوله** يشترط في الشهادة حتى لو ذكروا الثلاثة من الحدود في الشهادة
قبلت شهادتهم عنده خلافا لزفر لما مر **قوله** لا تثبت اليد فيه اي في العقار الا بالبينة او علم
القاضي اما في المنقول فيثبت بالاقرار ذكر في الفتاوى الصغرى لو ادعى المنقول فاقر المدعى عليه انه
في يده يقبل اقراره وفي العقار لا يقبل حتى يقيم البينة ولو انكر اليد ولا بينة للمدعي على اليد يحلفه

وباحداث اليد لا يكون صاحب اليد حتى لو غصب ارضا وزرع فيها فادعى رجل انها ارضي وغصبها
مني وزرعها فلو اثبت الغصب واحداث يده يكون هو ذا اليد والذي زرعه خارج والحكم بينهما
معلوم ذكره في عامة الفتاوى ولاصحاب الشافعي في اثبات اليد بالبينة قولان الاصح ان لا تثبت
بالبينة **قوله** نفيا لتهمة المواضعة اي يحتمل انهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي
بان العقار في يد المدعي ليحكم القاضي باليد للمدعي حتى يتصرف المدعي فيه وهو في الواقع في يد الثالث
كان ذلك قضا بالتصرف في مال الغير ويودي ذلك الى نقض القضا عند ظهور انه في يد الثالث
لان المطالبة حقه اي حق المدعي فلا بد من طلبه حتى يجب على القاضي اعانته و **قوله** وعن هذا
قالوا الى اخره اشارة الى قوله يحتمل ان يكون مرهونا او محبوسا و **قوله** لما قلنا اشارة الي
ان المطالبة حقه فلا بد من طلبه لا بد من تعريفه بالوصف اي من تعريف ما في الذمة بالوصف
مثل ان يقول كذا درهما او دينارا بعد ذلك ان كان مضروبا يذكر نوعه بخالف الضرب او
النيسابوري الضرب ويجب ان يذكر صفته انه جيد او وسط او ردي وانما يحتاج الى ذكر
الصفة اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان نقدا واحدا فلا يحتاج ولو كان في البلد نقود مختلفة
والكل في الرواج سوا ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطي المشتري البايع اي نقد شا الا ان
في الدعوي لا بد من تعيين احدهما وان كان احدها اروج ينصرف ذلك كالملفوظ في البيع والدعوي
فلا حاجة الى البيان وان كانت الدعوى بسبب القرض او الاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل
حال وان ادعى دراهم مضروبة والغش فيها غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر وزنها وصفتها
وان كان يتعامل عددا يذكر عددها • ولو ادعى الحنطة او الشعير بالامنا وبين اوصافها قيل لا يصح
هذه الدعوى وقيل يصح وفي الدهن والماش يعتبر العرف • ولو ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح
لانه يكبس بالكبس ولا بد لصحة الدعوى من ذكر الوزن ولا بد ايضا ان يذكر دقيق حنطة يابسة
او مقلوة ويذكر مع ذلك انه جيد او وسط او ردي الكل من الذخيرة **قوله** قضى
عليه اي على المدعى عليه بها اي بالدعوى ولفظ القضا ههنا مجاز للزومه باقراره ولا حاجة الى
القضا وقد ذكر في الايضاح في هذه الصورة واطلاق لفظ الحكم على الاقرار توسع في الكلام لان
الاقرار حجة بنفسه لان الحجة ما يلزم الانسان موجبها وللانسان ولاية كاملة على نفسه فكان اقراره
حجة لا يتوقف على القضا فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب اقراره بخلاف البينة
فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وبالقضا يصير حجة ويسقط احتمال الكذب فتبين
ان عمل القضا في حق البينة ان يصيرها حجة والاقرار حجة بنفسه فيلزمه الخروج عن موجبه •
الخطاب في قوله عليه السلم الك بينة للمدعي من الحضرمي والكندي في حديثهما فلا بد من السوال على
البينة ليمكنه الاستحلاف فان احضرها اي البينة قضى بها اي بالبينة قضى بها اي بالبينة لانتفا
التهمة عنها اي عن الدعوى لرجحان جانب الصدق فيها لان خبر المدعي لما عارضه خبر المدعى عليه ظهر
رجحان جانب الصدق في خبر المدعي بالبينة ويترجح جانب الصدق في خبر المدعي لا في خبر المدعا عليه
بالنص المذكور على خلاف القياس لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلم الك بينة **قوله**
لا بد من طلبه اي طلب الاستحلاف كيف اضاف اليه اي الى المدعي بحرف اللام بقوله عليه السلم
لك يمينه واللام مقتضية للاختصاص والفقه فيه ان المدعي يزعم انه اتوى اليه حقه بانكاره
فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتوا بمقابلة اتوا فاليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع
والايتال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر بوجه فكان

في شرعية اليمين اظهار صدق المدعى عليه بوجه فكان فيها حقه ايضا اليه اشار في المبسوط

باب اليمين

لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة ذكرها بعد ذكر البينة واحكامها وشرايطها **قوله** بينة حاضرة البينة الحجة وهي فعيلة من البيان لانها تظهر الصادق من الكاذب او من البين لانها تفصل بين الصادق والكاذب او تفصل الحق من الباطل **قوله** معناه اي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر واحترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالاجماع وان طلب الخصم لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلم لك يمينه وفي المبسوط للمدعي غرض صحيح في الاستحلاف اذا لم يكن حاضرة في مجلس الحكم وهو ان يقصر المسافة والمؤنة باقرار المنكر او نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له ان يطلب يمينه بما روينا وهو قوله عليه السلم للمدعي الك بينة قال لا فقال لك يمينه فجعل له يمين الخصم عند عدم الشهود فلا يكون له عند وجودها وفي المبسوط انما يكون المنكر متلفا حق المدعي اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلفه القاضي الخصم مع حضور الشهود فكان في ذلك افتضاح المسلم اذا اقام المدعي بينة بعد ذلك **قوله** فلا يكون اي اليمين حقه اي حق المدعي دونه اي دون العجز عن البينة اي بغير العجز عن اقامة البينة فلا يكون له ولاية الاستحلاف **قوله** وفيه اي في رد اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه خلاف الشافعي فانه يقول برد اليمين على المدعي وبه قال مالك فيما يثبت بشاهد ويمين يحبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر كما قلنا في القصاص وقال احمد في الظاهر لا يرد كقولنا وحكى المسئلة بعد هذه بقوله واذا نكل المدعى عليه الى اخره **قوله** في الملك المطلق قيد به احترازا عن الملك المقيد بدعوى النتاج او سبب لا يتكرر او بتاريخ اسبق بالشرا من واحد فانها تقبل بينة ذي اليد بالاجماع **قوله** الشافعي يقضي بينة ذي اليد وبه قال مالك والقاضي من اصحاب احمد وقال احمد كقولنا ومن اصحاب الشافعي من قال يقضي ببينة صاحب اليد مع يمينه والمنصوص عنه انه يقضي لذي اليد بلا يمينه لتعاضد بينتها باليد اذ اليد دليل الملك **قوله** والنكاح بان ادعيا نكاح امراة وهي في يد احدهما يقضى لصاحب اليد بالاجماع ودعوى الملك مع الاعتاق بان ادعى عبدا في يد رجل واقام بينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد بينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى والاستيلاد بان ادعيا انها امته استولدها او دبرها وهي في يد احدهما وبرهنا فبينة ذي اليد اولى **قوله** اكثر اثباتا او اظهارا يعني البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت مبينة في التحقيق ومظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام في حقنا تثبت باسبابها احدث البينة حكم الاثبات ولهذا اوجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم مضاف الى شهادتهم احكاما فكانت اكثر اثباتا في حقنا واكثر اظهارا في الواقع وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه يستحق ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فكانت اولى بالقبول لان البينات للاثبات فيطلب الترجيح او لا من حيث الثبوت فان استويا فحينئذ باليد كما في النتاج فانهما استويا في الاثبات لان لكل واحد من البينتين تثبت اولية الملك لصاحبه وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واخويه اي التدبير والاستيلاد فان استوت البينات في الاثبات ترجح بينة ذي اليد بيده ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث فانه يدل على ان جنس البينات في جانب المدعين وصيغته لحرف الاستغراق فلا يبقى بينة في جانب المدعى عليه اذ ليس وراء الجنس شيء **فان قيل** ينبغي ان يكون في النتاج بينة الخارج اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد

والنتاج وبينة صاحب اليد تثبت النتاج فقط **قلنا** انما رجحنا بينة الخارج لانه اكثر اثباتا لانها تثبت الملك على خصم هو مالك وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك اذ لم يثبت الاستحقاق للخارج بمجرد اقامة البينة بغير القضا فلا يصير هو مقضيا لو قضى ببينة ذي اليد واذا قضى ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيا فلزيادة الاثبات رجحناها بخلاف دعوى النتاج فان كل واحد من البينتين تثبت اولية الملك لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه اذا اقام البينة على النتاج حتى لو اقام البينة على النتاج بعد القضا للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات رجحنا بينة ذي اليد كذا في المبسوط وفي الايضاح بينة الخارج تثبت على ذي اليد ملكا لم يكن ثابتا فاما ذو اليد فلا تثبت على الخارج ملكا لم يكن ثابتا فلا تقبل بينته الا على سبيل الدفع لبينة الدفع ففي النتاج بينة صاحب اليد متضمنة دفع بينة الخارج بخلاف الملك المطلق لانه يتصور تكرره لما على التعاقب فلم يكن في بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل **فان قيل** لما تعارضت البينات سقطا وبقي الملك في يد ذي اليد كما في الادلة الشرعية اذا تعارضت يبقى الحكم على الاصل **قلنا** الادلة الشرعية حجة في النفي والاثبات فيتحقق التعارض وههنا البينات للاثبات لا للنفي وحاجة ذي اليد الى نفي استحقاق الخارج فلم يتحقق التعارض فلما لم يعارض بينة ذي اليد بينة الخارج صار وجودها كعدمها وعند عدمها يحكم ببينة الخارج فكذا عند وجودها اليه اشار في المبسوط وفيه نوع تامل **قوله** بل يرد اليمين على المدعي وقد بينا الخلاف فيه وكذا اذا لم يكن للمدعي الا شاهد واحد وعجز عن اقامة شاهد اخر فانه يرد اليمين عليه عند الشافعي ومالك واحمد فان حلف يقضى له وان نكل لا لما روى انه عليه السلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ولنا قوله عليه السلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفا المشاركة فدل ان جنس الايمان في جانب المدعى اذ اللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه حتى ان يحيى بن معين رده مع انه يحتمل انه قضى بشاهد المدعي ويمين المدعى عليه اذ ما روي انه قضى بيمين المدعي وهذا البحث بتمامه مذكور في بيان الوصول شرح الاصول واحتج الشافعي في رد اليمين بما روى الدارقطني عن ابن عمر انه عليه السلام رد اليمين على طالب الحق ولان الظاهر شاهد للمدعي بنكول المدعى عليه فيعتضد يمينه كالمدعا عليه ولان النكول يحتمل ان يكون تورعا عن اليمين الكاذبة ويحتمل الترفع عن الصادقة تقدما فعله عثمان فانه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقه القدر فيقال ان عثمان حلف كاذبا ويحتمل ان يكون لاشتباه الحال والمحتمل لا يكون حجة ولنا ما رويناه من قوله عليه السلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فدل ان جنس الايمان على المنكر كما ذكرنا وادعى زيد ابن ثابت عند عثمان على ابن عمر انه باعه عبدا يعلم عيبه فقال عثمان لابن عمر احلف ما بعته وبه عيب علمته فابى ابن عمر ان يحلف فرد عليه العبد ولم يرد اليمين وما روي غريب لا يعارض الحديث المشهور مع انه يحتمل انه عليه السلم رد اليمين عليه برضا المدعا عليه صلحا ولان اليمين واجبة عليه بالحديث وترك هذا الواجب دليل على انه باذل حق المدعي عند ابي حنيفة او مقر بحقه عندهما اذ لو لم يكن كذلك لاقدم عليها تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه والشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح جانب التورع في نكوله فيكون النكول اما بذلا او اقرارا ولا يجوز ان يكون لاشتباه الحال اذ لو كان

كذلك لا يستمهل من القاضي لينكشف عليه الحال لما قدمنا اشاره الى قوله عليه السلم البينه
على المدعي الحديث وما روى ان عثمان ادعى مالا على المقداد عند عمر فقال المقداد ليحلف عثمان
لي وياخذ حقه فقال عمر لقد انصف المقداد وما روى عن علي انه حلف المدعي بعد نكول
المنكر ليس بحجه للخصم لان المقداد ادعى الايفا على عثمان او كان ذلك برضى المقداد وما روى عن
علي كان بنا على مذهبه انه يحلف المدعي مع ما مر بجهه القضا بالبينه مع انه كان يحتمل انه كان
ذلك برضى المدعا عليه صلحا وفي المبسوط والاسرار مذهبنا مويد باجماع الصحابة وروى
عن علي موافقه الاجماع فانه روى عن شريح في المنكر طلب منه رد اليمين الى المدعي فقال
ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى علي فقال له علي قالون وهي بلغه الروميه اصبت
وعن عمر ان امراه ادعت على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما
اردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقه وكذا روي عن ابن عباس وهو مذهب ابي موسى الاشعري
قوله لا علامه بالحكم اى الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفا لانه مجتهد فيه فان عند الشافعي
لا حكم بالنكول بل برد اليمين كما ذكرنا وكان مظنه الخفا و**قوله** لما قدمنا اشاره الى قوله ان النكول
بدل او اقرار و**قوله** وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا لو قضى بالنكول
بعد العرض مره لا ينفذ وفي الكافي والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف
ومحمد وبه قال احمد والجمهور على انه للاحتياط وبه قال ملك والشافعي **قوله** وحكمه اى
حكم السكوت كحكم الاول وبه قال الايمه الثلاثه والطرش هو من الصمم وفي المجتبى يشترط ان يكون
القضا على فور النكول عند البعض وقال الخصاف لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض ثلثا يوما
او يومين او ثلاثه فلا باس به وبه قال الايمه الثلاثه وفي الفصول لو كان الاستحلاف عند غير القاضي
كان المدعي على دعواه لان المعتبر يمين قاطعه للخصومة ولو قال المدعي ان حلف المدعى عليه فانا بري
او قال فدعواى باطلة لا تبطل دعواه حتى لو اقام بينه بعد يمين الخصم تسمع بينته وفي المبسوط بعض القضاة
من السلف لا يسمع البينه بعد يمين الخصم وكان يقول كما يرجح جانب الصدق بالبينه في جانب المدعي
ويتعين ذلك حتى لا يصار الى يمين المنكر فكذا يتعين جانب الصدق في جانب المدعى عليه بحلفه فلا يلتفت
الى بينه المدعي بعد ذلك ولسنا ناخذ بذلك وانما ناخذ فيه بقول عمر فانه جوز قبول بينه المدعي
بعد حلف المدعا عليه ويقول شريح اليمين الفاجرة احق بالرد من البينه العادلة وبه قال الايمة
الثلاثه ونحن لا نقول بتعين الصدق في جانبه بحلفه بل يقول بقطع الخصومة بحلفه وبعد ظهور البينه
هل يظهر كذب المدعى عليه عند محمد لا يظهر وعند ابي يوسف يظهر والفتوى في دعوى الدين
اذا ادعاه من غير سبب فحلف ثم اقام بينه يظهر كذبه ولو ادعى الدين بسبب وحلف ثم اقام المدعي
بينه على السبب لا يظهر كذبه لجوازانه وجد القرض ثم وجد الابرا او الايفا كذا في الفصول وفي
النوازل لو ادعى دعاوى متفرقه لا يحلفه القاضي على كل شي يمكن جمعها في يمين واحد وفي السيه لو
ادعى دينا في التركة وقال كل التركة في يد هذا يحلف وحلف بالله ما وصل اليه شي من التركه ولا يعلم
ان له دينا على ابيه **وقيل** يحلف يمين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه
قال عامة المشايخ واجمعوا ان المدعي بعد اقامه البينه يحلف انه ما استوفاه ولا ابراه وان
لم يدع الخصم ولا نعلم فيه خلاف **قوله** واللعان يعني اذا ادعت المراه على زوجها القذف
بالزنا وانكر الزوج وارادت الاستحلاف **قوله** يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وبه قال الشافعي لكن عنده يجري في حد القذف والقصاص ولا يجري في الحدود الخالصه وقال

مالك واحمد لا يجري التحالف فيما لا يثبت الا بشاهدين ذكرن الحاقا له بالحدود وعن احمد في روايه
يجري في القصاص وحد القذف والطلاق والعتاق هذا كله اذا الركن المقصود مالا فان
كان المقصود دعوى مال بان ادعت انه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها ولها عليه نصف المهر
وانكر الزوج يستحلف بالاجماع وفي جامع قاضي خان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما
وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى فان راه متعنتا ياخذ بقولهما ويحلفه وان كان
مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله وعليه بعض المتاخرين من مشايخنا **وكيفية الاستحلاف**
عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المراة هي المدعيه بالله ما هذه المراة امراتك بهذا النكاح
الذى ادعته ولو كان الزوج هو المدعي بالله ما هذا زوجك على ما ادعى وفي ادب القاضي للصدر
الشهيد ولا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا بان قال ان زنيت
فانت حر فادعى العبد انه قد زنا ولا بينه له يستحلف المولى على العلم حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا
و**قوله** على ما قدمناه اشارة الى قوله اذ لولا ذلك لا قدم على اليمين اقامه للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه وهو ايضا الحول لنفسه وبعى تهمة الكذب **قوله** او بدلا بفتح الدال المهمله
اى خلفا عن الاقرار وهذا في الحقيقة جواب عن شبه ترد على كون النكول اقرارا عندهما احدها
ما لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فنكل
فلو كان النكول اقرارا للزمه النصف بنكوله في المرة الاولي كما لو اقر في تلك المرة **قلنا**
ان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يحل مقام الاقرار خلفا عنه لقطع الخصومه فيقوم النكول
مقام الاقرار بقدر الحاجه الى دفع الخصومة فكان كالاقرار في المره الاولى لا في الثانيه وثانيها
الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل كما
في الاقرار به **قلنا** وان كان كالاقرار فهو امر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله
فعليه خلاصه اما اذا اقر فهو شي لزمه باختياره الاقرار فانه كان يمضي عن عهده الدعوى بالسكوت
او النكول فيلزمه الضمان ولا يرجع به على الموكل وثالثها ما لو كفل بما ذاب على فلان فادعى
المكفول له مالا على فلان فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به على الكفيل
كما لو اقر **قلنا** انهما يقولان النكول بدل عن الاقرار في قطع الخصومة لا ان يكون اقرارا حقيقة
ولهذا لا يثبت الدعى على بنفس النكول حيث يثبت المدعى بنفس الاقرار كذا في الجامع والمبسوط والاسرار
والفوايد الظهيريه ولابي حنيفة انه اى النكول بدل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البدل
والاباحة فلا نقضي فيها بالنكول كالقصاص في النفس وعكسها الاموال وفي الفوايد الظهيريه
تفسير البدل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مقر بالهبة والتمليك ولهذا لو ادعى نصف
دار فانكر المدعا عليه فحلف فنكل يقضي بالنكول ولو وهبه نصف الدار شايعا لا يصح لان هبه المشاع
فيما يحتمل القسمه لا يصح **قوله** لان معه اى مع البدل لا يبقى اليمين **فان قيل** هذا المعنى
مشترك فاليمين لا تبقى مع الاقرار ايضا فما وجه ترجيح كونه بدلا **قلنا** لو جعلنا اقرارا كان فيه
مناقض لانه انكر اول مرة فلا نظن بالمسلم الكذب فيجعل بدلا **فان قيل** وجوب الحكم على
القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بدل لان البدل يبيح الاخذ للمدعي ولا يلزم القاضي ان يقضي
به كالصلح على الانكار **قلنا** اذا كان بدلا من العبد صريحا لا يلزم القاضي اما النكول بدل بحكم
الشرع لما ان المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا منازعة المنكر بيمينه او بينته والشرع اطلق
الى اليمين فلما منع المنكر اليمين عاد الامر الاصلي بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته **فان قيل**

يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولا يعمل فيها البذل حتى لو قال اقطع يدي لا يحل قطعه **قلنا** البذل عامل اذا كان معتبرا حتى لو قال لآخر اقطع يدي وبها اكلة حل القطع ولم يأثم وبغير اذنه يأثم وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يتحرز به عن اليمين الكاذبة ولدفع الاحتراز عن اليمين بخلاف ما لو قال جزافا اقطع يدي فلا يحل لانه لا فايدة فيه بل فيه ضرر محض اليه المشار في الاسرار **فان قيل** هذا التعليل يخالف الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام اليمين على من انكر **قلنا** خص منه الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس و **قوله** الا ان هذا ابذل لدفع الخصومة جواب سوال مقدر وهو ما ذكره في الاسرار ان النكول لو كان بذلا لا ينبغي ان لا يملكه المكاتب والماذون لما ان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فقال في جوابه انهما يملكان لما لابد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة ونحوها والنكول من جملة ذلك **قوله** وصحته في الدين اي صحة القضاء بالنكول وهذا جواب سوال وهو ان يقال لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الديون اوصاف والبذل والاعطاء لا يجري في الاوصاف وقال في جوابه وصحته وصحته في الدين بناء على زعم المدعي الى آخره يعني معنى البذل هنا ترك المنع وكان المدعي يأخذ منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جايز في الاموال لان امر المال هين واما امر هذه الاشياء فليس بهين فلا يجوز ترك المنع فيها **قوله** فان نكل اي السارق ضمن ولم يقطع والاختلاف فيه اما عند الشافعي يرد اليمين على المالك لما ان مذهبه ان مجرد النكول لا يحكم قال المرغيناني والمحبوبي انما يستحلف السارق اذا اراد المالك اخذ المال دون القطع لان المال يثبت مع الشبهات فيثبت بالنكول اما الحد لا يثبت بالشبهات فلا يجب بالنكول بالاجماع وعن محمد ينبغي للقاضي ان يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع لا يستحلف وان قال اريد المال فالقاضي يقول له دع دعوى السرقة واشتغل على دعوى المال **قوله** ادعت طلاقا قبل الدخول وفايدة تغيير صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي يعلم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر او نصفه وسوا كان دعوى المهر في ضمن الطلاق او بدونه لانه ذكر بعد هذا صورة دعوى جميع المهر مع نفي النكاح بقوله وكذا في النكاح اذا ادعت هي الطلاق **قوله** كالارث صورته ادعى رجل على رجل ان المدعي اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان نكل يقضى بالمال لا بالنسب • والحجر في اللقيط صورته ان اللقيط صبي لا يعبر عن نفسه فادعت امراة انه اخوها ولها الحضانة وتريد قصر يد الملتقط فانكر اللقيط الاخوة يستحلف فلو نكل يجب لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب وكذا الواو ادعى النفقة بسبب الاخوة وهو زمن فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة ولا يقضى بالنسب **و** صورة امتناع الرجوع في الهبة ان الواهب اراد الرجوع فقال الموهوب له انا اخوك فلا رجوع لك فالواهب يستحلف فان نكل يثبت الامتناع من الرجوع ولا يثبت النسب ذكره هذه الجملة في ادب القاضي للصدر الشهيد وغيره **قوله** وانما يستحلف في النسب المجرد قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى المال كما ذكرنا اذا كان يثبت النسب باقراره اي بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار وكل نسب لو اقر به المدعى عليه يجب بالنكول ايضا بيانه ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى واقرار المراة يصح بالاب والزوج والمولى ولا يصح في حق الابن لان فيه تحميل النسب على الغير فكان اقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا بسببه يستحلف عندهما لانه لو اقر

٢٤١

اقر به ثبت فيستحلف لرجاء النكول الذي هو اقرار ولو ادعى انه اخوه او عمه او نحو ذلك لا يستحلف لانه لو اقر به لا يثبت لان فيه تحميل النسب على الغير **قوله** والمولى والزوج في حقهما اي في حق الرجل والمراة فان الاقرار بالولاء والزوجية يصح من الرجل والمراة فيستحلف لرجاء النكول فيهما عندهما **قوله** استحلف بالاجماع ولا خلاف فان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي ومالك بعد حلف المدعي واحمد في رواية ولو نكل في النفس لا يقتص منه عند ابي حنيفة وبه قال احمد بل يحبس حتى يحلف او يقر وعند الشافعي ومالك واحمد رواية يقتص ايضا بعد حلف المدعي **قوله** لمعنى من جهة من عليه وتقييد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامراتين والشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء فامتنع القصاص من جهة من له فلا يجب المال لان الاصل ان المال مشروع فيه اذا اضيف العذر الى من عليه اعتبارا بالخطا اما اذا اضيف العذر الى من له القصاص لا يجب المال لان الطالب يدعي القصاص ويتبرا من المال فكيف يقضى بالمال وفيما نحن فيه اضيف العذر الى من عليه حيث لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا وثم اضيف الى الولي الذي اقام تلك البينة فلم يجب المال ونظيره اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد يجب المال وبعكسه لا يجب المال ولابي حنيفة انما يستحلف في النفس وان كان لا يقضى بالنكول لان اليمين حق مقصود لتعظيم امر الدم واليمين مهلكة معنى صالحة للتعظيم ولهذا شرعت مكررة في القسامة فاذا نكل فقد امتنع من ايفاء حق مقصود فيحبس الى ان يحلف او يقر كما اذا التعن الزوج ونكلت المراة عن اللعان وفي ساير ما تقدم اليمين ليس حق مقصود وانما المطلوب منه القضاء بالنكول فما لا يجوز القضاء فيه بالنكول لا يشتغل بالاستحلاف فيه كذا في جامعي شمس الايمة وفخر الاسلام • اما الاطراف يسلك بها مسلك الاموال من حيث ان الاطراف خلقت وقاية للانفس كالاموال فلما كان كذلك جرى البذل في الاطراف كما في الاموال ولهذا لو قال اقطع يدي فقطعه لا يضمن شيئا وهذا اعمال للبذل بخلاف الانفس حيث لا يجري البذل فيها ولهذا لو قال لآخر اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وفي الثانية تجب الدية في قول علمائنا الثلاثة ذكره التمرتاشي و **قوله** هذا اعمال للبذل اشارة الى عدم الضمان و **قوله** الا انه لا يباح القطع جواب اشكال وهو ان يقال لو كان الاطراف كالاموال ينبغي ان يباح القطع بالبذل كما يباح المال بالبذل فقال في جوابه انما لا يباح القطع لعدم الفايدة كما هو في المال كذلك بان قال القِ مالي في البحر او احرقه حيث لا يباح اليه اشار فخر الاسلام ولهذا لو كان القطع مفيدا بان وقع في يده اكلة فقال لآخر اقطع يدي حل له قطعه ولو قطعه لا يجب عليه شيء والبذل ههنا مفيد لانه يصير متورعا عن اليمين اصادقه ويندفع خصومته عنه فصار كقطع السن للوجع بخلاف القطع في السرقة فان القطع فيها خالص حق الله تعالى فلا يثبت مع الشبهة اما القصاص حق العبد الذي سلك مسلك الاموال فيثبت مع الشبهة كالاموال **قوله** يحبس به اي بحق اليمين كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا **قوله** استحسان عندنا قيد به لان في القياس ان لا يوخذ كفيلا قبل اقامة البينة لعدم تعلق حقه بمجرد الدعوى وهو مذهب الشافعي وفي شرح الوجيز والقضاة اعتادوا خلاف هذا وعن بعض المتاخرين من اصحابه ان الامر فيه الى راي الحاكم اما بعد اقامة البينة قبل التعديل طولب بالكفيل الى ان يعدل واخذ الكفيل بعد اقامة البينة قياس واستحسان عندنا

قوله حتى يعدى عليه من الاعدا على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه اى استعان به فاعداه الامير اى اعانه عليه ونصره وفى المبسوط الاستحسان الى بابه يثبت بمجرد الدعوى لما فيه من النظر للمدعى وكذا اذا اخذ الكفيل لما فيه من النظر له وليس فى التكفيل كبير نظر بالمدعا عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفا لا يضرر به وان كان قصده الاختفا يكون ظالما ولا ينظر له و **قوله** هو الصحيح احتراز عما روى عن ابى يوسف انه يقدر بما بين مجلس القاضى **قوله** ولا فرق فى الظاهر اى فى ظاهر الرواية وعن محمد انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطا الكفيل اما لو اعطى يوخذ وكذا اذا كان المدعى حقيرا والظاهر ان المرء لا يخفى نفسه بذلك لا يجبر على اعطا الكفيل **قوله** سهو دى عب بحتين على التخفيف او بضم الغين على التثقيل وعب مثل جادر وحد روا ماعب فقياس كذا فى المغرب **قوله** فان فعل اى اعطى الكفيل والا امر اى ان ابى ولم يعط امر بملازمته اى دار معه حيث سار حتى لا يغيب **قوله** والاستثنا اى استثنا المذكور بقوله الا ان يكون غريبا منصرف اليهما اى الى الملازمة والتكفيل وهذا التفسير انما يحتاج اليه على رواية القدورى لانه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضى فى تقدير الملازمة ولا التكفيل ومدته وانما قال فان فعل والا امر بملازمته الا ان يكون غريبا على الطريق واما هنا فقد ذكر الملازمة ومدتها ومدة التكفيل فلا يحتاج الى قوله والاستثنا منصرف لانه ذكر مع كل واحد باستثنا واحد **قوله** زياد على ذلك اى على مقدار مجلس القاضى وذكر الصدر الشهيد فى ادب القاضى هذا اذا علم انه مسافر اما اذا اشكل على الحاكم امره فانه يسال عنه اهل محلته او اصحابه او يحلفه عليه او ينظر فى زيه وله ان يطالبه بالوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل واذا اعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه كفيلا بنفس الاصيل لو كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان الاستيفا من الاصيل قد يكون ايسر ولو كان المدعى منقولا له ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها بعينه المدعى عليه ولو كان المدعا عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يحتمل التغييب وصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما ولو اقر وغاب قضى لان ذلك قضى اعانه ولو اقيمت البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته فى ظاهر الرواية لان له حق الجرح فى الشهود وعن ابى يوسف انه يقضى وبه اخذ الخصاف والايمة الثلاثة والله اعلم

فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس اليمين اى فى اى موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها لما ان الصفة تقتضى سبق الموصوف وكيفيته السى صفته **قوله** لقوله عليه السلام اول الحديث لا تحلفوا بابايكم ولا بالطواغيت من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وفى المبسوط الحر والمملوك والرجل والمراة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سوا لان المقصود هو القضا بالنكول وهولا فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سوا **قوله** ويوكد بذكر اوصافه اى اوصاف الله تعالى وهو التغليظ بان يقول والله الذى لا اله الا هو الى اخره وله ان يزيد على هذا بان يقول الطالب الغالب المدرك المهلك الذى يعلم السر واخفى الى غير ذلك من اسمايه وصفاته ويذكر صفاته بدون حرف العطف حتى لو قال والله والرحمن والرحيم صار ايمانا وانما جاز ذلك لان المقصود من الاستحلاف النكول

واحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله والاصل فيه حديث ابى هريرة فى الذى حلفه بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فالراى فى ذلك الى القاضى وفى شرح الوجيز واستحب الشافعى ان يقرا على الحالف قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا وان يحضر المصحف ويوضع فى حجر الحالف وذكر بعض اصحابه يحلف قايما زياده فى باب التغليظ الا انه يحتاط والمراد من الاحتياط ما ذكرنا انه بذكر الاسما والاوصاف بدون حرف العطف لانه اذا ذكرها بالواو صارت ايمانا والمستحق يمين واحدة **قوله** لما روينا وهو قوله عليه السلم من كان منكم حالفا الحديث ولقوله عليه السلم ملعون من حلف بالطلاق وحلف به ذكره فى المحيط **قوله** لقلة المبالات باليمين بالله تعالى وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا واجازه البعض يعنى بانه يجوز ان مست الضرورة واذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بان الراى الى القاضى وفى الفصول الاستروشنى ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى شرعا وكذا لو حلفه بحق وحلف ثم حلفه بالله انك حلفت صادقا فنكل عن هذا اليمين لا يقضى عليه بالنكول لان حقه فى اليمين مرة وفيه لو انكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضى ولو قال المنكر الشاهد كاذب واراد تحليف المدعى ما يعلم انه كاذب لا يحلفه ولو قال المنكر هذا الشاهد اقر بان هذه الشهادة ان المحدود ملكى واراد تحليف الشاهد او المدعى لا يحلف وفى المبسوط امرنا باكرام الشهود وليس من الاكرام استحلافهم لان الاستحلاف بنى على الخصومة ولا خصم للشاهد وفى فتاوى قاضى خان اراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى لان ذلك حرام شرعا وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح فى ظاهر الرواية وفى الخلاصة ولو حلف بالطلاق فنكل وقضى عليه بالمال لا ينفذ قضاوه **قوله** ابن صوريا هو اسم اعجمى بالقصر ذكره فى المغرب والنشد التحليف من حد نصر وفى المغرب نشد الضالة طلبها ومنه قولهم فى الاستعطاف نشدتك وناشدتك الله وبالله اى سالتك بالله وطلبت اليه بحقه **قوله** وهكذا ذكر محمد فى الاصل وفى المبسوط وكانه وقع عند محمد ان المجوس يعظمون النار تعظيم العباده فالمقصود النكول فاذا ذكر ذلك فى اليمين وبه قال الشافعى فى وجه وهو اختيار بعض مشايخنا وقول ابى حنيفة وابى يوسف والايمة الثلاثة لان النار كساير المخلوقات فلما لم يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذا لا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار وكذا ساير اهل الشرك لا يستحلفون بالله الذى خلق الصنم او الوثن وان كانوا يعتقدون تعظيم ذلك والفرق لمحمد انه جوز فى المجوسى تغليظ اليمين بذكر النار ولم يجوز فى ساير المشركين انا امرنا باهانة الصنم والوثن لانه اتخذ الها وما امرنا باهانة النار لانها لم يوجد الها كذا فى الفوايد الشاهية **قوله** ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم الى اخره وعن ابى الخطاب الحنبلى ان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها وبه قال مالك فى رواية وروى ابن القاسم ان الكتابى يحلف بالله ولا يراد الذى انزل التورية او الانجيل **ولنا** ما روى ابو هريرة انه عليه السلم قال يعنى لليهود نشدتكم بالله الذى انزل التورية على موسى ما تجدون فى التورية على من زنا رواه ابو داود **قوله** ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ومكان وبه قال احمد وقال الشافعى فى قول يستحب التغليظ بمكان وزمان وفى قول يجب التغليظ بمكان وزمان وبه قال مالك فى دعوى دم ونكاح وطلاق ورجعة وايلا ولعان

وعتق وحدّ وكفالة وولاء وجناية وكل ما ليس بمال ولا القصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع
وعيوب النساء ومال كثير وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالا ومن الفضة مايتا درهم وفيما دون
ذلك لا تغلظ فيما تقطع فيه يد السارق وهو ربع دينار وعن ابن جرير الطبري انه قال تغلظ في كل قليل
وكثير كذا في شرح الوجيز والحلية وتخصيص المكان ان كان بمكة بين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند
قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع وكذلك شرط
يوم الجمعة وبعد العصر ومن به مرض او زمانة لا تغلظ عليه بالمكان وكذا على الحايض والمخدرة على
باب الجامع كذا في كتبهم للشافعي ما روي في بعض الاثار وروي ان عبد الرحمن بن عوف راى قوما
يحلفون بين المقام والبيت فقال اعلى دم قالوا لا قال افعلى عظيم من المال قالوا لا قال خشيت ان
يتهاون الناس بهذا البيت ويروى يتهاب الناس يقال تهاب بالشي اذا انس حتى سقط هيبته ٥
ولنا اطلاق قوله عليه السلم واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة عليه
فلا تجوز بخبر غريب ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك الى اخره ولان اليمين
سبب لقطع الخصومة فلا تختص بمكان وزمان كالبينة ولا رخصة في التغليظ بالزمان بالاخرة المدعي كذا
في المبسوط وشرح الاقطع **قوله** وفي النكاح ما بينكما نكاح قايم وهذا على قولهما لما
ان الاستحلاف في النكاح قولهما **قوله** بتضرر المدعا عليه لانه لو حلف على نفي اصل السبب كالبيع
ونحوه يكون كاذبا ولو لم يحلف بحث تسليم العبد العايد الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى المعنى
الطاري لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد وفي المدعي والمدعا عليه حقهما لعلمنا ان مقصود
المدعي من دعوى المبيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى امكن ايفاء حقهما كان اولى من الحاق احدهما وابو
يوسف يقول اليمين حق المدعي فوجب ان يكون مطابقا لدعواه والمدعا هو السبب **قوله**
الا اذا عرض وصفه التعريض ان يقول المدعى عليه اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعتها
القاضي ان الانسان قد يبيع شيا ثم يقال فيه فحينئذ يحلف على الحاصل وصار العدول عن اليمين على
مقتضى الدعوى حقا للمنكر حين طالب به كذا في شرح الاقطع وفي فتاوى قاضي خان التعريض ان
يقول المنكر حين عرض اليمين للقاضي ما تحلفني على هذا الوجه فان الانسان الى اخر ما ذكرنا ثم قال فيه
وبه اخذ بعض مشايخنا وقال الحلواني ينظر الى جواب المنكر دعوى المدعي اذا انكر السبب بان
قال ما استقرضت ولا غصبت يحلف على السبب وان قال ليس له على هذا المال الذي يدعي ولا
شي منه يحلف على الحاصل قال رحمه الله هذا هو الاحسن وهكذا ايضا في الذخيرة وهذا هو الذي
ذكرنا في المتن بقوله وقيل ينظر ان انكر السبب الى اخره وعليه عمل اكثر القضاة وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي ويقول الحلواني قال ملك واحمد والشافعي في وجه وفي وجه كقول ابي
يوسف **قوله** والحاصل هو الاصل اي التحليف على الحاصل اصل عندهما وهو ان يقول بالله
ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه **قوله** فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع **فان قيل**
في التحليف على السبب ضرر بالمنكر ايضا لجواز انه اشترى ولا شفعة بان سلم او سكت عن الطلب
قلنا القاضي لا بد له من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب
الموجب للحق هو الشرا واذا ثبت ثبت له الحق وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك
بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي **قوله** وذلك
مثل ان يدعي اشارة الى ما كان من التحليف على السبب بالنظر في جانب المدعي **قوله** بالتحليف
على السبب بالاجماع بان قال والله ما اعتقت ٥ وعليه اي على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق

والسبي بعد ذلك والعبد المسلم اذا ارتد قتل فلا يمكن تكرار الرق عليه وفي بعض النسخ وعليها
مكان وعليه وهو بعيد **قوله** يحلف على البتات واصله اي التحليف في الشرع على نوعين
على البتات وعلى العلم وكلاهما مشروع فانه عليه السلم حلف اليهودي في القسامة بالله ما قتلتم
ولا علمتم له قاتلا فالتحليف على فعل المدعا عليه بالبت وعلى فعل غيره قال شريح وقال النخعي والشعبي
والبصري كلها على العلم قال الحلواني هذا اصل مستقيم ان التحليف على فعل الغير في المسايل الا في الرد
بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت اباقه وسرقته في يد نفسه وادعى انه
سرق او ابق في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات مع انها فعل الغير لما ان البايع ضمن تسليم
المبيع سليما عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وقيل ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال الحالف لا علم لي بذلك اما لو قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا
ترى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا
الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البايع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول
الوكيل مع يمينه ويحلف على البتات وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك
فانه قال قبض الموكل الثمن فكان له علم بذلك فيحلف على البتات كذا في الفصول واحترز به عن هذا
يحلف على فعل نفسه وهو التسليم والرد من حيث المعنى **قوله** والشرا سبب ثبوت الملك
وضعا الى اخره **فان قيل** الارث سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف في الارث
على العلم **قلنا** معنى قوله الشرا سبب لثبوت الملك وضعا اي سبب يثبت الملك باختياره ولو لم
يعلم المشتري ان العين الذي اشتراه ملك البايع لما باشر الشرا اختيارا وكذا الموهوب له في قبول
الهبة خلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يستحلف
بالعلم اليه اشار فخر الاسلام في جامعه وفي المحيط والفقه فيه ان الوارث خلف عن الميت والنيابة
لا تجري في اليمين حتى يحلف على البتات كالمورث ولا كذلك المشتري لانه اصل بنفسه لا نايب عن
غيره وذكر اللامشي في كل موضع وجبت اليمين على العلم يحلف على البتات سقط عنه الحلف على
العلم فاذا نكل يقضي عليه وفي كل موضع وجبت على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا
نكل عن اليمين لا يعتبر ذلك النكول كذا في الفصول **قوله** فافتدى يمينه او صالح فالافتداء
قد يكون بمال هو مثل المدعا وقد يكون اقل من المدعا والصلح انما يكون على اقل من المدعا في الغالب
لان الصلح ينبي عن الحطيطة وكلاهما مشروع وهي مسلة الصلح على الانكار فيجوز عندنا وملك
واحمد ولا يجوز عند الشافعي ويجي في الصلح ان شاء الله وهو اي افتداء اليمين مروي عن عثمان اختلفت روايات
الكتب ان عثمان كان مدعا عليه من ذلك او مدعيا في الفوايد الظهيرية كان مدعا عليه فافتدى يمينه
فقيل الا يحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يمينه فيقال هذا بسبب يمينه وفي المبسوط
ذكر انه كان مدعيا فادعى مالا على مقداد وقد مر في مسلة رد اليمين على المدعي ٥ وعن حذيفة انه افتدى
يمينه بمال ولانه لو حلف يقع في القيل والقال فان الناس بين مصدق ومكذب فاذا افتدى يمينه فقد صان
عرضه وهو حسن قال عليه السلم ذبوا عن اعراضكم باموالكم ٥ وعن علي ايال وما يقع عند الناس انكاره
وان كان عندك اعتذاره فليس كل سامع نكرا تستطيع ان توسعه عذرا **قوله** لانه اي المدعي
اسقط اليمين بالفدا والصلح لانه اخذ بدله اما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وله ان يستحلفه
لان الشرا عقد تمليك المال واليمين ليست بمال ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحبوبي ٥

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين

اذ الاسر بعد الواحد **قوله** ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا اى فى قدرهما وفى
المبسوط صورته قال البايع بعتك هذه الجاريه بمايه دينار وقال المشترى بعتنى معها هذا
الوصيف بخمسين دينارا واقاما البينه فهما جميعا للمشترى بمايه دينار او بعتنى بالعقد لان
كل واحد منهما تثبت زياده فى حقه فبينة كل واحد على ما تثبت من الزياده فى حقه مقبوله
وقيل هذا قول ابى حنيفه الاخر اما قاله اولا بعتنى بها للمشترى بمايه وخمسه وعشرين دينارا
وهو قول زفر ونظير هذه المسله فى الاجارات اما لو اختلفا فى جنس الثمن بان قال البايع بعتك
هذه الجاريه بعبدك وقال اشتريتها بمايه دينار واقاما البينه لزم المشترى البيع بالعبد وتعمل
بينة البايع دون المشترى لان حق المشترى فى الجاريه ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البايع
ويثبت حق الحق لنفسه فى العبد وبينة المشترى تنفى ذلك والبينات للاثبات **قوله**
فاذا علما به اى بالفسخ يتراضيان اى بما ادعى كل واحد منهما وهذا التحالف قبل القبض اى
قبض المشترى السلعة موافق للقياس هذا الذى ذكره اختيار ابى حازم القاضى اما فى اصل رواية
المبسوط لم يشترط فى التحالف مخالف للقياس هذا الشرط حيث قال اذا اختلفا فى الثمن والسلعة
قائمة تحالفا استحسانا والقياس القول للمشترى لانهما اتفقا على اصل البيع وادعى البايع الزيادة
فى الثمن والمشترى منكر فالقول له مع يمينه لقوله عليه السلم البينه على المدعى واليمين على من انكر
لكن ترك القياس بالسنه والمروى حديثان احدهما ما روى ابن مسعود انه عليه السلم قال اذا
اختلف المتبايعان والسلعة قايمه بعينها فالقول ما يقوله البايع ويترادان والثانى ما روى ابو هريره
انه عليه السلم قال اذا اختلفا تحالفا وترادا والحديث مشهور صحيح يترك القياس به **فان قيل**
مخصوص فى الاجل وشرط الخيار حيث لا تحالف ثمه اذا اختلفا فيهما **قلنا** ليس بمخصوص لان
المراد من الاختلاف فى البيع او الاختلاف فى المبيع او الثمن اذ قيام المبيع بهما كذا قيل وفيه نوع
تامل و**قوله** وهو الصحيح احتراز عن قول ابى يوسف الاول كما يجى وبالصحيح قال زفر والشافعى
فى وجه **قوله** لانه يطالب بالثمن اولا فيكون بادئا بالانكار والبادى اظلم فيكون انكاره فى ازمنه
ما يتحقق فيه انكار البايع فيها ولان انكار البايع مبنى على انكار المشترى ولانه انكر شيئين اصل الوجوب
والاداء فى الحال كذا ذكره قاضيخان ولانه يتعجل فايدة النكول واليمين شرعت لفايدة النكول حتى
لا يستحلف فيما لا يستوفى بالنكول ونكول المشترى يتعجل فايدته وهو تسليم الثمن ويكون البايع يتاخر
فايدته لان تسليم المبيع يوخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يحال له امساك المبيع حتى يستوفى الثمن
فكان تقديم ما يعجل فايدته بالنكول اولى **قوله** او لا بد بيمين البايع وبه قال الشافعى فى الاصح
ومالك واحمد **قوله** تخصيصه اى النبى عليه السلم خص البايع بالذكر وجعل القول قوله وهذا
يقتضى الاكتفا بيمينه فان لا يكتفى بيمينه فلا ان يبدا بيمينه كذا فى المبسوط ولان المقصود من اليمين
النكول وبنكوله يقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشترى لا يقطع ولكن يخير على ما اذا ادعى البايع
من الالفين واليمين لقطع المنازعة وقيل يقرع بينهما وقيل يبدا بيمين الزوج فى النكاح عند ابى حنيفه
ومحمد لتعجيل فايدة النكول كما فى المشترى وبه قالت الايمة الثلاثه وقد ذكر فى النكاح انه يقرع بينهما
فى البداية **قوله** بدا القاضى بايهما شاء وبه قال الشافعى فى كل البيوع فى وجه لاستوايهما اى
فايدة النكول **قوله** يضم الاثبات الى النفى بانه لو حلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين
ربما حلف ويكون بارا فى يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعمايه فيبطل حق البايع فى الزيادة وكذا البايع
لو حلف بالله ما باعه بالف ربما حلف ويكون صادقا لجواز انه باعه بالف ودرهم فيبطل حق المشترى

لان الايمان على ذلك وضعت اى على النفى لا على الاثبات لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما حتى
حتى اصطلحا على شى تركا على ذلك ولا عبرة بذلك الوهم لان البايع لو كان باعه بالف وتسعمايه لا
يدعى البيع بالفين لانه يعلم ان المشترى متى حلف على دعواه لا يبالى من الحلف لانه لا يحنث فى يمينه وكذا
المشترى لو اشتراه بالف ودرهم لا يدعى الشراء بالف لانه يعلم ان البايع لا يبالى من الحلف على الف
لانه لا يحنث فى يمينه **قوله** فسخ القاضى البيع ان طلبا او طلب احدهما حتى لو رضيا بترك الدعوى
لم يفسخ وقيل ينفسخ بنفس التحالف وبه قال الشافعى فى وجه والصحيح انه لا ينفسخ وبه قال الشافعى
فى الاصح والقاضى يفسخه وهو المشهور عنه وفى وجه يفسخه احد العاقدين **قوله** فلا بد من الفسخ
فى فاسد البيع وثمة لم ينفسخاه فلا بد ان يقوم القاضى مقامهما فى الفسخ وفى المبسوط انما يفسخ القاضى
البيع عند طلب احدهما فما لم يفسخ حل للمشترى وطى المشتراه ولو فسد البيع بالتحالف لما حل ولما تاخر
حكم الفسخ الى طلب احدهما ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف فى بطلان التسميه وذا لا يخل بصحة النكاح
اذ المهر تابع فيه وفى البيع عدم التسمية يفسده ثم اذا لم يفسخ النكاح يحكم مهر المثل وقد مر فى النكاح يجى بعد
ايضا **قوله** وان اختلفا فى الاجل الى اخره وكذا لو اختلفا فى قدر الاجل او قدر شرط الخيار او
شرط الرهن او شرط الضمان او العهده بالمال فلا يتحالف عندنا وبه قال احمد وقال زفر والشافعى
ومالك يتحالفا ولو اختلفا فى اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع لم يرد اطلاق النص **قلنا** علق وجوب
التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف
المتبايعان فى المبيع او الثمن تحالفا وفيما وراءهما يوخذ بالقياس والقياس القول للمنكر **فان قيل** الاجل
يوجب نقصا فى الثمن فكان ذلك اختلافا فى وصف الثمن **قلنا** الاجل ليس بوصف للثمن بدليل
ان الاجل يمضى والثمن موجود مستحق ولو كان وصفا له لتبعه كذا قيل وفيه نوع تامل ولان اصل الثمن
حق البايع والاجل حق المشترى ولو كان وصفا للثمن لكان تابعا للاصل وحقا للبايع وفى المبسوط فرق
ابو حنيفه بين هذا وبين الاجل فى باب السلم حيث جعل هناك القول قول مدعى الاجل وهنا القول
لمنكره والفرق انه جعل هناك الاجل من شرايط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار بما هو شرط
فاذا انكر فقد رجع عن الاقرار فلا يصدق ولو اختلفا فى مضى الاجل فالقول للمشترى لان الاجل
حقه وهو منكر استيفاء حقه ذكره فى المبسوط **قوله** فى استيفاء بعض الثمن وكذا لو اختلفا فى استيفاء
كل الثمن فالحكم كذلك حيث يكون اليمين على البايع لا غير وانما لم يذكره لان ذلك مفروغ منه باعتبار
انه صار ذلك بمنزلة ساير الدعاوى **قوله** فاشبه الاختلاف فى الحط يعنى اذا اختلفا فى
حط بعض الثمن او ابرا كل الثمن لم يتحالفا فكذا اذا اختلفا فى الاجل وشرط الخيار وهذا لان بانعدامه
اى بانعدام ما ذكرنا من الاجل او شرط او استيفاء بعض الثمن لا يختل ما به قوام العقد وهو المبيع
والثمن اذ العقد بلا اجل وشرط جايز فبعد التحالف يبقى عقد بلا اجل وشرط ولانه لا يوجب الفساد
وفى جامع قاضيخان الاختلاف فى الثمن والمبيع يوجب اختلاف العقد ولهذا لو شهد احدهما بالبيع بالف درهم
والاخر بالبيع بالدنانير لا يقبل لاختلاف العقد ولو شهد احدهما بالبيع بالف الى اجل والاخر بالبيع بالف
يقضى بالبيع بالف حالة وكذا لو شهد احدهما بالشرط والاخر بالبيع بلا ذكر شرط جازت الشهادة فى
وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف فلما اختلفا فى وصف هو معرف
صار كالاختلاف فى المعرف وهو الثمن لانه اى الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه ثبت بواسطة
الشرط وقد بينا انه ليس بوصف الثمن **قوله** فان هلك المبيع بعد قبض المشترى لا قبل قبضه لانفساخ
العقد بهلاكه ثم اختلفا اى فى مقدار الثمن هكذا ذكر فى المبسوط **قوله** والقول قول المشترى

وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية **قوله** وهو قول الشافعي وبه قال مالك في رواية
واختاره صاحب الجواهر واحمد في رواية ولمالك اربع روايات اذا اختلفا في مقدار الثمن اثنتان
ما ذكرنا والثالثة يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة والرابعة يتحالفان بعد القبض ما لم يبن بها
قوله اي لمحمد والشافعي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وما ذكر في
بعض رواية الحديث والسلعة قائمة فذلك مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت قائمة لا بقا
قوله وترادا فانه انه حال قيام السلعة لان المراد من التراد تراد العوضين لا تراد العقد ولان
النص معلول بعلة ان كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه الآخر والآخر منكر اذ البيع يختلف
باختلاف الثمن فيعدى الى حال الهلاك ويكون التراد بالقيمة لان قيمة الشيء تقوم مقامه وتندفع
الزيادة عن المشتري لو نكل البائع فكان التحالف مفيدا او **قوله** وانه يفيد دفع زيادة الثمن
جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف عندك فان فائدته التراد وامتنع التراد بالهلاك
فقال بل له فائدة دفع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري **فان قيل** هذا
يحصل بتحليف المشتري وحده فما فائدة تحليف البائع **قلنا** لم يحصل تمام الفائدة بتحليف
المشتري فان المشتري اذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع
من الزيادة فيتحالفان **قوله** كما اذا اختلفا في جنس الثمن بان قال احدهما دراهم وقال
الآخر دنانير بعد هلاكه تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ذكره في الاسرار **قوله** ولابي حنيفة
وابي يوسف قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا و**قوله**
والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لان الواو للحال والاحوال شروط والمطلق يحمل على
المقيد اذا ورد في حادثة واحدة في حكم واحد والتحالف بعد القبض على خلاف القياس كما ذكرنا
فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لان حال هلاكها ليس كحال قيامها لان عند قيامها يندفع
الضرر عن كل واحد منهما فانه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما الى راس ماله بعينه وبعد الهلاك
لا يحصل ذلك اذ العقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف اذ
الفسخ لا يرد على ما ورد عليه العقد **قوله** ولانه لا يبالي الى آخره جواب عن قول محمد ان
كل واحد يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه فيحلف السبب فقلنا لا يبالي باختلاف السبب
بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما
زعم هو او البائع فلغا ذكر السبب كمن اقر لغيره بالف من ثمن عبد فقال المقر له لا بل غصبته مني الفا
يجب الالف على المقر وكما لو اختلفا في الف والفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا
بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشرا بالدراهم
والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف
وهو يكفي للصحة و **قوله** وانما يراعي جواب عن قول محمد من فائدة التحالف بعد هلاك المبيع
فقال الفائدة التي قلت ليس من موجبات العقد والفائدة المرعية ما يوجبه العقد وفائدة دفع
زيادة الثمن من موجبات نكول البائع لا من موجبات العقد **وقيل** قوله وانما يراعي الى آخره
يصلح جوابا لشبهة ترد على قول محمد وانه لا يبالي باختلاف السبب **فان قيل** هذا يشكل
بما اذا ادعى احدهما البيع والآخر الهبة يتحالفان ذكره في المبسوط في تعليل قول محمد فاجاب عنه بقوله
وانما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد وليس التحالف هناك من موجب العقد بل موجب العقد ثبوت
الملك له او للمشتري **فان قيل** لو اعتبرنا حصول المقصود من غير اعتبار اختلاف السبب كان

ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لحصول المقصود وهو ملك المعقود للمشتري حتى لو كان جارية
حل للمشتري وطيها **قلنا** نعم لكن ثبت ذلك بالنص على خلاف القياس **قوله** هذا اذا كان
الثمن دينا بان كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فان كان اي عينا يعني غير ما
ذكرنا اي بيع مقايضة فهلك المبيع اي احد العوضين لما ان المبيع غير متعين لكونه مبيعا ولهذا قال
بعده لان المبيع في احد الجانبين قائم حيث سمي القائم مبيعا ودخول الباء في احد العوضين لا يعين جهة الثمنية
في العينين المتعينين لما ذكرنا في البيوع واذا كان كل واحد مبيعا وثمنا من وجه كان البيع قائما ببقاء البدل
الآخر فيمكن فسخه كما هو كاف لصحة الاقالة **قوله** وان هلك احد العبدين اي هلك بعد قبضهما
وبه صرح في جامع قاضي خان وفي الجامع القول قول المشتري اي فيهما مع يمينه كذا ذكره الكشاني وانما اعاد لفظ
الجامع لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه ثمن المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم
التحالف بل المذكور هناك قبل الاستثناء لم يتحالفا وفي الفوائد الظهيرية تكلم المشايخ في قوله الا ان يشا البايع
ان ياخذ الحي الى آخره وتكلموا ايضا ان هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ ينصرف الى ثمن المشتري معناه
ان البايع ياخذ الحي صلحا عما يدعيه من الزيادة قبل المشتري فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر
فصار تقديره على قولهم الا ان ياخذ البايع الحي ولا ياخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام هذا
بعيد لان الاخذ معلق بمشية البايع ولو كان كذلك لكان معلقا بمشيتهما وعامة مشايخنا ان الاستثناء ينصرف الى
التحالف معناه لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيئا من ثمن الميت وهذا لان
المذكور التحالف دون ثمن المشتري فكان صرف الاستثناء اليه اولى وبعضهم قالوا ينصرف الى ثمن المشتري
على معنى ان البايع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت فحينئذ لا يحلف المشتري لانه انما يحلف اذا
انكر ما يدعيه البايع فاذا اعرض عن دعواه لا معنى لتحليفه قال الكشاني ياخذ البايع في حق الهلال من
المشتري ما يقر به المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف في حق المشتري اذا كان منكرا ما يدعيه البايع
من الزيادة فاذا ترك دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلافه والصحيح ترك
دعوى الزيادة لا ترك ثمن الميت لان البايع لا يترك من ثمن الميت مما اقر به المشتري انما يترك دعوى
الزيادة ومعنى قوله لا ياخذ شيئا اي من الزيادة ومن اصحابنا من قال على هذا يكون الاستثناء منصرفا الى يمين
المشتري وبعض اصحابنا قال الاستثناء ينصرف الى التحالف وهو ليس بصحيح لما بينا ان المذكور استحلاف
المشتري لا التحالف والاستثناء ينصرف الى المذكور **قوله** ولانه لا يمكن هذا عدول عن قول
ابي يوسف **فان قيل** يشكل على ابي حنيفة ما لو اقام العمل بعض العمل ثم اختلفا في مقدار
الاجرة ففي حصة ما اقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع اعتبارا
للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع فينبغي ان لا يتحالف عنده **قلنا**
عقد الاجارة في حكم عقود مختلفة يتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فبان تعذر فسخه في البعض
لا يتعذر فسخه اما عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي كذا في
المبسوط **قوله** معناه الى آخره وعلى هذا التقدير ينصرف الاستثناء الى التحالف **قوله** ما
ما بينا في القائم اي في بقاء المبيع كله وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع الى آخره واما لم
يحلف صفة التحالف عند محمد لان قيام السلعة ليس بشرط للتحالف فيتحالفان في الصورتين بصفة واحدة و
قيمة الهالك اي يرد قيمته والقول في قيمته للمشتري لان البايع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون
القول له كما في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد واختلفوا في تفسيره اي تفسير التحالف على قوله
وقوله والصحيح ان يحلف الى آخره احترازا عما ذكر بعض المشايخ انهما يتحالفان على القائم لا غير على

مذهبه لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع يحلف ويكون صادقا لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا وكذا البائع لو حلف بالله العظيم ما باع القائم بحصته من الثمن الذي يدعي المشتري يحلف ويكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف فيحلف على الوجه المذكور في الكتاب كذا في جامع قاضي خان ولم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل لان التحالف عرفناه نصا والنص ورد في حال قيام السلعة والسلعة اسم للكل فبهلاك السلعة يفوت الشرط **قوله** ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وبه قال الشافعي في وجه فان استويا يجب على المشتري نصف الذي اقر به ويسقط نصفه فان اتفقا على ان قيمتهما على التفاوت فان كانت قيمة الهالك على نصف قيمة القائم يجب على المشتري ثلث الثمن الذي اقر به وان اختلفا في ذلك فقال المشتري قيمة القائم يوم القبض كانت الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان البائع ينكر سقوط الزيادة من الثمن والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن فكان البائع متمسكا بالاصل كذا في جامع قاضي خان **فان قيل** مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتها يوم العقد حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العقدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض وفي الفوائد الظهيرية هذا اشكال هايل اوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن فيه تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي فظاهر وكذا في الميت لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد حتى قال يصير المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتها يوم القبض **قوله** لانه يورد دعواه بالحجة **قوله** لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك والبينات للاثبات **فان قيل** المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباته الزيادة **قلنا** ان الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه فكانت اولى بالاعتبار كذا ذكره المرغيناني وقاضي خان وهذا الفقه اي قول ابي يوسف في ان القول للبائع والبينة بينته لانهما اي ان الايمان تتوجه على احد العاقدين لا على الوكيل والنائب وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الامر عليها اي على حقيقة الحال والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة فيقبل بينته ايضا يعني كان الاعتبار في الايمان ليمين البائع حتى كان القول قوله فكذا في البينات والاعتبار لبينته لكونه اكثر اثباتا ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانه اكثر اثباتا ظاهرا وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين لك صحة ما ذكرنا من قول ابي يوسف من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير وفي جامع صدر الاسلام والبائع منكر حقيقة فيجب عليه اليمين والبائع ايضا مدعي من حيث انه يدعي من زيادة قيمة الهالك فيكون البينة حجة وهذا هو الاصل في الدعاوي فكذا في مسئلتنا المشتري يدعي سقوط الزيادة من الثمن والبائع ينكره فكان القول له والبينة حجة ايضا لما بينا **قوله** من اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ايضا هكذا ذكر في جامع

٢٤٥

قاضي خان **قوله** ويعود المبيع الاول اراد به اذا تقايلا ولم يسلم الجارية الى البائع حتى اختلفا في الثمن لان التحالف قبل القبض موافق للقياس فيتعدى الى الاقالة وفي فصل البيع اذا تحالفا يفسخ العقد ويعود كل واحد الى اصل حقه فكذا في الاقالة ويعود البيع الاول معناه اذا فسخ القاضي الاقالة او فسخاها بانفسهما لان الاقالة لا ينفسخ الا بالفسخ ذكره صدر الاسلام فما اثبتنا التحالف فيه اي في التقايل بالنص هذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يجري التحالف في التقايل كما اذا وقع الاختلاف بينهما بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة عندهما خلافا لمحمد لثبوت التحالف بين المتبايعين بالسنة بخلاف القياس فاجاب عنه بهذا **قوله** لان المسئلة مفروضة قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه **و قوله** ولهذا نقيس يوضح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة والوارث على العاقد يعني وارث البائع والمشتري اذا اختلفا في الثمن يجري التحالف بينهما وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** فيما اذا استهلك المشتري هكذا وقع في عامة النسخ والصواب اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف او الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول اي نفس قيمة المشتري المستهلك الذي وجب على المستهلك الذي استهلكه في يد البائع وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود يعني اذا اختار المشتري دفع الثمن واخذ القيمة له ذلك ثم لو اختلفا في ثمن المشتري يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين **فان قيل** التحالف في هذه الصورة وقع بالنص لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يتناول حال قيام السلعة وحال هلاكها **قلنا** لا بل هي غير منصوص عليه لان هذا المطلق يحمل على المقيد كما مر فكان المراد من هذا المطلق المقيد وكذا لفظة الترادّ دالة على بقاء السلعة **قوله** لانه اي لان محمدا يرى النص معلولا بعد القبض ايضا بالاختلاف في العقد كما مر **قوله** فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل النقض اذا الفسخ يعني التحالف لا يجري في باب السلم فالقول للمسلم اليه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان ولا يعود السلم بخلاف البيع والفرق ان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى راس ماله واليه اشارة النبوية بقوله تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود لان الاقالة في السلم بعدها لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ فانهما لو قالا نقضنا الاقالة لا ينتقض فلا يحتمل الفسخ ايضا بالتحالف وهذا لان ما تناوله عقد الاقالة قائم حقيقة فيمكن تصحيح الفسخ باعتبار المعقود عليه فيعود الى ملك المشتري اذا انفسخت الاقالة لان ملك العين مما يحتمل العود الا ترى ان راس المال لو كان عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده بالعيب اي بحكم القاضي به وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم بخلاف البيع فانه لو اشترى عرضا فرده بعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك في يده بطل الرد فيعود البيع والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة كان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود براس المال لانه دين اما الاقالة في البيع حكمها عود المبيع الى البائع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري وملك العين مما يحتمل العود كذا ذكره قاضي خان **فان قيل** الاقالة في بيع العين فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا تركا واذا كانت فسخا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا

لان التحالف ثبت في العقود لاثبات الفسخ ولهذا لو حصل الفسخ بخيار الرؤية او الشرط او الرد
بالعيب بالقضا والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لم يجز التحالف **قلنا** الاقالة فسخ فيما
بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب
لاتمامه اما التحالف ليس من ذلك الحقوق والذي وقعت الاقالة عنه لانه لا يجب بالبيع لان
شرعيته لنقضه لا لاتمامه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذر اعتباره بيعا
في حق الثالث لانتفاء الرضا وكذا الرد بالقضا **فان قيل** ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم وبين
ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان في اقالة السلم فان فات المعقود
عليه في الفصلين **قلنا** الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه على ما ذكرنا
والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في الفوايد الظهيريه **قوله** فايهما
اقام البينة يقبل اما قبول بينة المراة فظاهر لانها الا تعين والاشكال انما يرد على قبول بينة الزوج
لانه منكر لزيادة ما اقر وكان عليه اليمين لا البينة فكيف يقبل بينته **قلنا** هو مدع صورة لانه
يدعي على المراة تسليم نفسها بما اقر به من المهر وهي تنكر والدعوى صورة كافيه لقبول البينة
كما في دعوى المودع رد الوديعه كذا ذكره قاضي خان **قوله** او مثل ما ادعته لانه اذا كان
مثل ما ادعته او اكثر فبينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيا لان ما ادعته ثابت بشهادة
مهر المثل اليه اشار الامام قاضي خان يتحالفا عند ابي حنيفة **فان قيل** التحالف ثبت بالنص في
البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف يلحق بالبيع ولان المقصود من التحالف الفسخ فيجري فيما
يقبل الفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ فيجب ان لا يشرع التحالف فيه لعدم حكمه **قلنا** ورود التحالف
في البيع باعتبار ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح احدهما في الدعوى والانكار
ولهذا تعلق بينهما ويمينهما وهذا المعنى موجود في النكاح ايضا فيلحق به دلالة او بقوله البينة على
المدعي واليمين على من انكر اذ كل واحد منهما مدعي ومنكر واما الثاني وهو ان الفسخ حكم التحالف
والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور في الكتاب وايضاح ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ
في البيع لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد بسبب يمين الاخر لزم اخلا العقد عن البدل والمبدل
واذا اخلا فسد اما النكاح اذا اخلا عن العوض لا يفسد كما لو لم يذكر التسميه فافترقا اليه اشار في
الفوايد الظهيريه وقد مر ايضا **قوله** لهذا التقديم اي التحالف بعد م في الوجوه كلها فيما اذا
كان مهر المثل اقل او اكثر او مثل ما اعترف به الزوج **قوله** ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة
ومحمد وبه قال الشافعي تعجيلا لفايدة النكول فان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمين عليه كذا
في الفوايد الظهيريه وخرج الرازي خلافه يعني بعديم التحالف في هذه الوجوه قول الكرخي لانهما
اتفقا على اصل التسميه فكانت التسميه وصحة التسمية تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا تعذر الحكم
بصحة التسميه فصار كان لم تكن فيحكم بمهر المثل وعند الرازي التحالف في وجه واحد وهو كما اذا لم يكن
مهر المثل شاهدا لاحدهما وقد مر في النكاح يكون لها اي للمراة قيمتها ان قيمة الجاريه بعد التحالف **قوله**
معناه اختلفا في البدل وهو الاجرة او في المبدل وهو المنافع وهذا احتراز عن اختلافهما في الاصل فانه
لا يجري التحالف فيهما بل القول قول منكر الزيادة و **قوله** على ما مر اشارة الى قوله في اول
الباب ان البايع يدعي زيادة الثمن الى اخره **قوله** نظير البيع قبل قبض المبيع فالحقت الاجارة به **فان
قيل** قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومه **قلنا** الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد
العقد عليها فكانها قايمة تقديرا **قوله** وبين انه لا عقد اذ ما لفسخ ارتفع العقد عن الاصل وفي

المبسوط

المبسوط ومحمد فرق بين هذا وبين البيع وقال التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه
فيمكن ايجاب قيمته بعد فسخ العقد بالتحالف اما المنافع فلا تتقوم الا بالعقد وقد انفسخ العقد من الاصل
فلا يمكن ايجاب شي فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه انفع للقصار فلا يصار الى التحالف **قوله**
بخلاف البيع يعني اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء ليس بمعقود عليه عقدا مبتدا بل الجملة معقوده بعقد
واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة **قوله** لم يتحالفا عند ابي حنيفة القول
للعبد مع يمينه وهو سالم للعبد اي التصرف في الحال سالم للعبد لا تفاتهما على ثبوت الكتابه فيكون
العبد مدعيا بل يكون منكرا لما ادعيه المولى من الزيادة فحسب وفي المبسوط حكم التحالف في البيع
ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه والكتابه ليست في معنى البيع من حيث الصورة
فان البيع شرع للاسترباح وبني على المماكسة والكتابه للارفاق مبنية على الوسع ومن حيث المعنى لان
الكتابه بعد تمامها مادام البدل لا يحتمل الفسخ بخلاف البيع وفي الحال موجبها اثبات صفة المالكيه
يدا في المنافع فما مضى منه فات لا يتحقق رده فلو الحق بالبيع بالمشاركه في بعض الاوصاف كان قياسا ولا
يقاس على ما ثبت بخلاف القياس يوضحه ان التحالف في المعاوضات عند تحاجة الحقوق اللازمة من
الجانبين وبدل الكتابه ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدفعه عن نفسه ولهذا لا
يصح الكفالة به والكفالة ليست بمعاوضة حقيقة اذ البدل الذي من جانب العبد مملوك للمولى
رقبته فلا يصح الحاقه بالبيع فيكون القول للعبد مع يمينه لانكاره الزيادة والبينة بينة المولى لاثباته
الزيادة الا انه اذا ادى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند ادا هذا
المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة ما لو كاتبه على الف درهم على انه متى ادى خمسمايه عتق وهذا
لانه لا يبعد ان يكون عليه بدل الكتابه بعد عتقه كما لو ادى الكتابة بمال مستحق يعتق وبدل الكتابه عليه
قوله فهو للرجل اي مع اليمين وكذا في جانب المراة ذكره قاضي خان قال التمرتاشي ما يصلح للنسا فهو
لها مع اليمين الا ان يكون الرجل صايغا وله اساور وخواتيم النسا وحلي وخلخال وامثال ذلك فحينيذ
لا يكون مثل هذه الاشيا وكذا لو كانت المراة تبيع ثياب الرجال كالعمامه والقوس والدرع والمنطقه
وما يصلح للنسا كالدرع والخمار والملحفة وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضه والامتعه والعقار
والمواشي **ثم اعلم** ان في هذه المسله للعلما اقاويل وقول علماينا ما ذكر في الكتاب وقال
الشافعي وزفر وعثمان البتي واصحاب الظاهر المتاع كله ما يصلح له او لها او المشكل فهو بينهما بعد
التحالف وكذا في يد ورثتهما ولا فرق بين ان يكون في يدهما مشاهدة او في يدهما الحكميه بان يكون في
منزلهما لاستوايهما في الدعوى واليد الا ترى ان اسكافا وعطارا لو تنازعا في الات الاساكفه والعطارين وهي
في ايديهما يكون بينهما نصفين اجماعا ولا نظر الى ما يصلح لكل واحد اذ الانسان قد يتخذ شيا للاستعمال
وقد يتخذه للتجاره فكذا هذا وقال احمد وابن ابي ليلى والثوري ما يصلح له فهو له مع يمينه وما يصلح لها
فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف وقال مالك ما يصلح له فهو له وما يصلح لها فهو
لها والمشكل للرجل سوا كان في يدهما مشاهدة او حكميه وقال ابن شبرمة الكل للرجل الا ما على المراة
من ثياب بدنها وقال الحسن البصري ان كان البيت لها فالكل لها مع يمينها الا ما على الرجل من ثياب بدنه
وان كان البيت له فالكل له لان البيت وما فيه في يده لانه اي لان ظاهر اليد يعارضه ظاهر اقوى منه
وهو يد الاستعمال فكان القول لها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فان اللابس اولى
بخلاف الاساكفه والعطارين حيث لم يشاهد استعمالها وشهدنا كون الالات في ايديهما على السوا
فجعل بينهما نصفين كذا في المبسوط وهذا الذي ذكرنا اي المجموع الذي ذكرنا من اول المسلة الى اخرها

قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المراة اي في المشكل واما فيما يخص به كل واحد فهو له
كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير في لفظ الكتاب
نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف هذا انما ذكر قولهما في حق المشكل وكان من حقه ان
يقول وما يصلح لهما له وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها لان الظاهر انها لا تزف
الا مع جهاز مثلها فصارت اولى بذلك القدر والباقي للرجل لقوة يده على يدها لانه قوام عليها
قوله لما قلنا لابي حنيفة اي في دليل ابي حنيفة وفي الفوايد قال محمد ورثة الزوج يقومون
مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكان المشكل له مع يمينه في حياته فكذا كان القول لورثته
وابو حنيفة يقول يد الباقي منهما اسبق من يد الورثة لان يدهم انما تثبت بعد موته فكما يقع الترجيح
بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح لسبق اليد ولان يد الباقي يد نفسه ويد
الوارث خلف عن الميت فهذا نوع من الترجيح فكان الباقي اولى بالمشكل **قوله** وللحي بعد الممات
سواء كان الحي حرا او مملوكا هكذا ذكره في عامة نسخ شروح الجامع الصغير ولكن ذكر فخر الاسلام وشمس
الايمة في شرح الجامع الصغير لو كان احدهما حرا والاخر مملوك فالمتاع للحر منهما وكذا ان مات احدهما
كان المتاع للحر منهما ثم قال وما وقع في بعض النسخ للحي منهما سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر بالراء وذكر
في الحصر السراجي للسعدي ولو كان احدهما مملوكا واختلفا بعد الفرقة في الامتعة المشكلة فالقول
للحر لقوة يده عند ابي حنيفة وعندهما سواء وذكر في جامع البزدوي المتاع للحر منهما غير مقيد بالمشكل
وصرح به في مختلف الفقيه والاقضية ان المتاع كله للحر عنده وعندهما على التفاصيل التي عرفت
فيما اذا كانا حرين وقيد بالماذون لان المحجور لا يد له فالمتاع كله للحر بالاتفاق

فصل فيمن لا يكون خصما

لما ذكر احكام من يكون خصما ذكر في هذا الفصل احكام من لا يكون
خصما اذ ضدها تبين الاشيا **قوله** فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا لا خصومة اذا
قال آجرنيه او اعارنيه واقام البينة وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاظهر وقال ابن شبرمة
لا يدفع به وبه قال الشافعي في المنصوص وعن بعض اصحابه لو قال آجرنيه واقام بينة تسمع بينته
قوله ويدفع الخصومة بناء عليه اي على ثبوت الملك للغير ولم يثبت لان المدعى عليه ليس
بخصم في اثبات الملك للغايب اذ لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بلا رضاه وخروجه
من الخصومة يثبت في ضمن اثبات الملك للغايب ولم يثبت فلا يثبت ما في ضمنه **قوله** وهو خصم
فيه لان مقصود ذي اليد اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة ولا اثبات الملك للغايب وفيما هو المقصود
المدعى خصم له فيه فتقبل بينته وتثبت يد الحفظ **قوله** كما قال ابن ابي ليلى فان عنده يخرج من
الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لانه لا يتهم فيما يقر به على نفسه حيث ما اقر به بمجرد اقراره وبين
ان يده يد حفظ لا يد خصومة و**قوله** لانه صار خصما دليلنا يعني توجهت الخصومة عليه بظاهر
يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو بهذا الدعوى يريد ابطال الخصومة
المتوجهة عليه فلا يصدق والا بحجة كما لا يصدق المدعي في دعوى الملك الا بحجة وكما في تحويل الدين
من ذمته الى ذمة غيره **قوله** وان كان معروفا بالحيل لا يندفع عنه الخصومة ورجع اليه حين
ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال من الناس ياخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من
يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جا المالك واراد ان يثبت ملكه يقيم ذو اليد
على ان فلانا اودعه فيبطل حقه ويدفع عنه الخصومة كذا في المبسوط هذا اذا كان العين قايما
في يد المدعى عليه فان كان هالكا لا يندفع الخصومة بهذه الدعاوى وان اقام بينة لان العين اذا

كان قايما في يده تقع الدعوى في العين وذو اليد انما ينتصب خصما فيها بظاهر يده ويحتمل انه
ليس بيده ملك فاذا اثبت انه اندفع عنه الخصومة اما اذا كان العين هالكا فالدعوى تقع في الدين
ومحل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة انه كان في يده وديعة لا يثبت ان ما
في ذمته لغيره فلا يحول الخصومة عنه الا يرى ان القاضي يقضي بالقيمة على مودع الغاصب وان
كان يده في العين يد غيره **فان قيل** ينبغي ان لا يقضي بقيمة الهالك هناك اذ القضا بقيمة العبد له
انما يصح اذا صح ملكه ولم يثبت ولا يجوز ان يكون قيمته لغير مالكه وقد تعذر القضا للمدعي بالملك فكيف
يحكم بالقيمة له **قلنا** ليس من ضرورة القضا بقيمة العبد له ان يكون العبد ملكا له اذ يجوز ان يكون
العبد لانسان وبدله لغيره حتى قال اصحابنا في رجل قال لغيره بعت منك هذا العبد الذي في يدك
بالف ولي عليك الالف فقال ذلك الرجل ما بعته مني ولا اشتريته منك وانا بريء مما يقول فاقام المدعي
بينة على ذلك وجب على المنكر ثمن العبد ولم يكن العبد ملكا له **قوله** لا يعرفه اصلا لا بالوجه
ولا بالاسم والنسب فلا تقبل شهادتهم ولا يندفع الخصومة بالاجماع **قوله** للوجه الثاني وهو انه
اما احاله الى معين الى اخره وفي المبسوط وجامع فخر الاسلام اعتبر في هذه المسايل جهة الحوالة الى
معروف كيلا يتعطل حق المدعي وهما اعتبرا جهة الدفع فاذا لم يمكن اتباعه ليخاصمه صار هذا بمنزلة
قوله لا اعرفه اصلا وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة لما روي انه عليه الصلاة والسلام قال
لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف
فلانا وهو يعرف وجهه لا اسمه ونسبه لا يحنث وهما يقولان مقصود ذي اليد اثبات ان يده يد حفظ
وانما يدفع الخصومة عنه اذا اثبت انها ليست يد ملك وقد حصل ذلك لانه اثبت بينة انه
انه ليس بخصم لهذا المدعي فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعي اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه بخلاف
ما لو قال لا نعرفه اصلا لاحتمال ان يكون المدعي بان لا يقدر على اتباع خصمه بذلك الضرر لحقه من
قبل نفسه حيث نسي خصمه او من قبل شهوده بان جهلوا خصمه لا من جهة ذي اليد ونحن نسلم ان المعرفة
بالوجه لا تكون معرفة تامة ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي وانما عليه ان يثبت انه ليس
بخصم بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا قال الشهود لا نعرفه اصلا فلم يكن يد خصومة اي في
هذا الفصل وهو اذا ما قال الشهود نعرفه بوجهه **قوله** والمدعي هو الذي احضر نفسه جوابا
عن قول محمد وهو قوله لو انه يعنت ليضرر به المدعي او احضره شهوده اي شهود المدعا عليه وهو ذو
اليد وان قال ابتعته اي وان قال ذو اليد اشتريته من الغايب **قوله** لم يدع الفعل عليه اي على
ذي اليد بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق كما في
قوله غصب مني الا انه اي المدعي لم يعينه اي لم يعين ذلك اليد دراء للحد فصار كما لو عينه ولو عينه
لم يندفع كذا هذا الا انه اي المدعي اثبت بحجته كونه احق بامساكه ولو طلب المدعي يمينه على ما ادعى من
الايداع يحلف على البتات ولو قال ذو اليد اودعني وكيله لا يصدق الا ببينة لان الوكالة لا
تثبت بقوله

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم الواحد شرع في حكم الاثنين لانه بعد الواحد **قوله** عينا وضع المسلة لان في دعوى
النكاح لا يقضى لواحد كما يجي **قوله** تهاترتا اي تساقطتا ماخوذ من الهتر بكسر الها وهو
السقط من الكلام والخطا ذكره في المغرب قال الشافعي في القديم ومالك في رواية واحمد في رواية
تساقطتا البينتان لما تعارضتا ولا ترجيح فاشبه الدليلين اذا تعارضتا ولا ترجيح فعلى هذا يجعل كانه
لا بينة ويصار الى التحليف للتيقن بكذب احدهما وتهمة الكذب يمنع العمل بالشهادة وفي قول يقرع

يقرع بينهما اي يستعملان و يقرع بينهما وبه قال احمد في رواية ويقضى لمن خرجت قرعته لما روي
انه عليه السلام اقرع فيه روي ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما
بينة فاسهم النبي عليه الصلاة والسلام بينهما وقضى لمن خرج السهم له ولان استعمال القرعة لتعيين
المستحق اصل في الشرع كما في قسمة المال المشترك والمسافرة باحدى النسا وقال في قول واحمد في رواية
يقضى لمن خرجت قرعته بيمينه وعند مالك يقضى باعدل البينتين فاذا كانتا في العدالة سوا ولا ترجيح لها
يقسم بينهما نصفين في رواية كقولنا وبه قال احمد في رواية والشافعي ايضا في قول وقال الاوزاعي
وابن الماجشون المالكي يقضى باكثرهما عددا لزيادة طمانينة القلب الى قول الاكثر ولكن ذلك
غير معتبر في الحجة بعد نصاب تمام الحجة ورجحان الصدق **قوله** ولنا حديث تميم بن طرفة الطاي
رواية عن ابي موسى الاشعري ذكره ابو داود وعن ابي الدردا ان رجلين اختصما بين يدي رسول الله
صلى الله عليه وسلم في شي واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرايل كان داود
عليه السلام اذا جلس لفصل القضا نزلت سلسلة من السما بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة
والسلام بينهما نصفين وما روي من استعماله القرعة فقد كانت في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك
بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتدا فكان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا
ايضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ولاية تعيين المستحق من غير قرعة وانما يقرع لتطييب
القلوب ونفيا لتهمة الميل كما في قرعة النسا فلا يكون ذلك في معنى القمار ولانهما استويا في سبب
الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في التركة وهذا لان البينات
حجج الله تعالى فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن ههنا لان كل واحد من البينتين احتملت الصحة لان صحة
الشهادة لا تعتمد وجود حقيقته اذ لا علم للعباد بحقايق الاشيا وانما تعتمد ظاهر الحال فان من راى
شيا في يد غيره حل له اداء الشهادة بالملك له بنا على الظاهر فاذا عاين احدهما سبب الملك كالشرا
ونحوه جاز له ان يشهد ايضا فيمكن ان يعتمد احدهما الظاهر والاخر السبب فيصح الشهادتان فيعمل
بهما بالتنصيف اذ المحل يقبله وصار هذا كالعلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال اخر وباع فضولي
اخر من اخر ذلك المال واجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف فكذا ههنا
واما قوله بالقاضي تيقن بكذب احدهما ضعيف اذ كل واحد اعتمد سببا اطلق له اداء الشهادة وهو
معاينة اليد لمن شهد له وقد تساوى الدليلان على عين واحد لشخصين فوجب القضا بهما
بحسب الامكان كذا في المبسوط والايضاح **قوله** يرجع الى تصديقها قال السعدي لا يترجح
احدهما الا باحدى معان ثلاث احدها اقرار المراة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة
دخول احدهما بها الا ان يعلم ان الاخر نكاحه اسبق كذا في الخلاصة وهكذا ذكر في المبسوط **قوله**
بما هو مثله هذا في الظنيات كالقياس لا يرجح بقياس اخر بخلاف السمعيات بل يدونه اي دعوى
المدعي الاخر مع شهادته دون الاول لاتصال القضا بالاول **قوله** معناه من صاحب اليد قيد
به لانه لو ادعى كل واحد الشرا من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان يدعيا الشرا من واحد او
اثنين فالحكم على التفصيل يجي بعد في الكتاب ووضع المسالة في المبسوط في الدار يقضى بينهما نصفين
لاستوايهما في السبب وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية والشافعي في قول وقال الشافعي في
قول اخر يقرع وبه قال احمد في رواية وعن الشافعي تسقط البينتان ويرجع الى البايع فان صدق احدهما
سلم اليه وهل يحلف للاخر على القولين والاصح لا يرجح باقرار البايع وبه قال اكثر اصحابه
بل يقسم نصفين او يقرع كما ذكرنا **فان قيل** ينبغي ان تسقط البينتان عندنا ايضا لتيقن القاضي

يكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين من كل واحد بكمالها لا يتصور في وقت واحد
قلنا كل فريق شهد باصل البيع لا بصحته ولم يشهد بوقوع البيعين معا ويتصور وقوعهما
في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد على الانفراد فباع كل واحد من الوكيلين معا فانه يجوز وعقد
الوكيل كعقد الموكل وقد مر انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان من رجل واحد كذا في المبسوط لانه
يعتبر عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم احتل رضاه
فتفرق الصفقة عليه **قوله** فانفسخ البيع فيه اي في النصف لانه لما قضى القاضي بالمبيع بينهما تضمن
قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجديد العقد **فان قيل** الفسخ
انما يكون بعد وجود البيع **قلنا** البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ ولهذا
لان استحقاق واحد للكل كان نظرا الى بينته وانما لا يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه فكان دليل
استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** ولم يفسخ سببه اي
سبب شرائه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه في شي وانما كان القضا له بالنصف لمزاحمة صاحبه له
فاذا زالت المزاحمة قضي له بالكل كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل القضا له انما يقضى للاخر بجميع الدار بخلاف
ما اذا كان تسليمه بعد القضا حيث لا يكون للاخر الا نصف الدار **قوله** فهو للاول اي الاسبق من
التاريخين وبه قال مالك واحمد والشافعي واختاره المزني وحكي عن نص الشافعي في البويطي لانه لا
يرجح بالسبق فيه لان مناط الشهادة الملك في الحال وقد استويا فيه فاشبه ما اذا كانتا مطلقتين او
مؤرختين بتاريخ واحد وكذا لو ادعى الشرا من اثنين يعتبر الاسبق عندنا ومالك واحمد والشافعي في
قول وقلنا الاسبق اثبت الشرا في زمان لا تعارضه البينة الاخرى فيه فاستحقها من ذلك الوقت فتبين
ان الاخر اشتراها من غير المالك فكان شراؤه باطلا بخلاف ما اذا كانتا مطلقتين او مؤرختين
بتاريخ واحد فانه لا يعلم شرا احدهما من غير المالك فتعارضتا **قوله** فهو لصاحب الوقت وبه قال
مالك والشافعي في قول اخر هما سوا وبه قال احمد لما ذكرنا من قوله ان مناط الشهادة الملك في الحال وقد
استويا فيه وصار كما لو ادعيا الشرا من رجلين ووقت احدى البينتين هما سوا فكذلك ههنا وقلنا
الشرا حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شرا الموقت سابقا فكان اولى
وهذا معنى قوله واحتمل المطلق ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك بخلاف ما اذا ادعيا الشرا
من رجلين فان كل واحد منهما هناك خصم عن بايعه في اثبات الملك ولو وقت احدهما لا يدل على سبق ملك
بايعه فلعل ملك البايع الاخر اسبق فلهذا قضي بينهما اما ههنا اتفقا على ملك بايع واحد وانما حاجة كل
واحد الى اثبات انتقال الملك منه وسبب الملك في المؤقت اسبق كما ذكرنا فلا يعارضه المطلق اليه اشار
في المبسوط **قوله** ومعناه انه في يده اي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير لهذا
لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان
وهو في الحال في يد البايع ويجوز ان يكون على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحدهما
بالمعاينة لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه لان القبض بنا على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا
لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اسرع لعقد الاخر لان كل واحد منهما حادث يحكم
بوقوعهما معا فبعد من صاحب العقد ضرورة ولا تعلم فيه خلافا بخلاف ما ادعيا الشرا من اثنين واقام
بينة واحدهما قابض حيث تقبل الخارج اولى عندنا لان كل واحد من المدعيين يحتاج الى اثبات الملك
لبايعه اولا فاجتمع في حق البايعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فبينة الخارج اولى اما ههنا يحتاجان
الى اثبات سبب الاستحقاق وملك البايع ثابت بتصادقهما فبينة القابض اقوى لما ذكرنا ان تمكن

القبض دليل سبق عقده واليد دليل معاين في حق القابض والتاريخ في حق الخارج مخبر به وليس
الخبر كالمعاينه وكذلك لو ذكر الاخر وقتا لم ينتفع به ولا علم فيه خلاف ايضا لان القبض اذا وجد لم
ينقض بالشك ووقت الاخر محتمل فلا ينقض اليد الثابته بيقين **قوله** لما بينا اشاره الى قوله لان تمكنه
من نقضه الى اخره **قوله** من واحد يريد به لانه اذا كان من اثنين فهما سوا ولا اولويه كما يجي بعد
لكونه اي لكون الشرا معاوضة من الجانبين وكما يثبت الملك في المعوض يوجبه في العوض والبينات ترجح
بكثره الاثبات **قوله** والملك في الهبه يتوقف على القبض وكان يملك مدعي الشرا سابقا عليه فكان
اولى بخلاف ما اذا ادعيا الشرا والهبة من اثنين حيث يستويان ولا ترجيح في الشرا باعتبار معنى المعاوضة
لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لمملك اولا والحجتان في اثبات الملك له سوا وههنا لا يحتاجان الى
اثبات الملك لمملك فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجه في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات السبب
الشرا اولى واقوى من الهبة كذا في المبسوط و**قوله** لما بينا اشاره الى قوله لان الشرا اقوى من الهبه
قوله والصدقه اي مع القبض سوا ولا ترجيح باللزوم جواب اشكال يرد وهو ان يقال ينبغي
ان يرجح الصدقه على الهبة لان الصدقه تقع لازمه حيث لا يصح الرجوع فيها بخلاف الهبة فقال ولا ترجيح
باللزوم لانه اي اللزوم يرجع الى المال فان اثر اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك حكم يظهر
في ثاني الحال ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود وهو الثواب لا لقوه السبب ولهذا لو وقعت
الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها لحصول المقصود وهو الصلة والصدقه قد لا تكون لازمه بان وقعت
لغني **قوله** وهذا اي قوله يقضي بينهما كالحمام ونحوه صحيح وكذا فيما يحتمل القسمه كالدار ونحوه
او ادعيا الشرا من واحد لان كل واحد اثبت استحقاقه في الكل الا انه لاجل المزاحمة سلم له
البعض فكان الشيوع طاريا وذلا يبطل الهبه والصدقه وفي المبسوط ادعى احدهما هبه وبيعا والاخر
صدقه وبيعا واقاما بينه ولم يوقت شهودهما او وقتا جميعا واحدهما اسبق بالوقت
والسابق اولى ولو لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين فيما لا يقسم يقضي بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وفيما يحتمل القسمة يقضي بينهما لان الهبة والصدقه وقع في مشاع يحتمل القسمه لكن الشيوع طاري وقيل
لا يصح وهذا اصح لا يفسد الهبه في الشايع وصار كما لو اقاما بينه على الارتهان **قوله** وهذا اي
قوله فهما سوا ويقضي بينهما عند ابي يوسف لان كل واحد عقد معاوضة **فان قيل** الشرا مبادله
مال بمال موجب للضمان في العوضين والنكاح مبادله مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في
المنكوحه فكان الشرا اقوى **قلنا** بل النكاح اقوى من الشرا من وجه لان الملك في الصداق يثبت
بنفس العقد مؤكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري ويجوز التصرف في
الصداق قبل القبض بخلاف المشتري فان لم يترجح جانب النكاح فلا اقل من المساواة ثم للمراه
نصف القيمة على الزوج ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه **قوله** لانه امكن العمل
بالبينتين بتقديم الشرا يعني الاصل في البينات الاعمال متى امكن وقد امكن ههنا بتقديم الشرا اذ النكاح
على عبد الغير صحيح ويجب قيمته اما لو قدمنا النكاح على الشرا لم يصح الشرا الا باجازة المراه ولم يوجد
وجواب ابي يوسف عن قوله ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر يوجب ملك المسمى
كما اذا تاخر الشرا وهما سوا في حق ملك العين ولان فيما قاله محمد اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ
لا يثبت من غير حجه كذا في المبسوط والاسرار وفي القياس الهبة اولى وهو روايه كتاب الشهادات لان الهبة
تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت اكثر اثباتا فكان اولى **قوله** وعقد الضمان اقوى يعني
الهبه عقد تبرع والرهن عقد ضمان فكان عقد الضمان اقوى من التبرع ولان عين الرهن يصير بدلا عن الدين

والرهن والهبة لا يثبتا الا واحدا فكان بينه الرهن اكثر اثباتا فكان اولى فصار كالشرا مع الهبة **قوله**
وان اقاما الخارجان البينه الى اخره وفي الكافي في شرح الطحاوي اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما
ان يدعيا ملكا مطلقا او ارثا او شرا وكل قسم ثلاثه اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او
ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الاخر وجمله ذلك سته وثلثون فصلا وقد مر خلاف الايمه
الثلاثه فلو ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا تاريخا واحدا يقضي بينهما نصفين لاستوائهما
في الحجه ولا خلاف فيه ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي للاسبق لانه اثبت الملك في زمان لا ينازعه
فيه غيره فيقضي بالملك له ثم لا يقضي لغيره الا اذا تلقى الملك من جهته ومن نازعه لا يتلقاه فلا يقضي
له وهو معنى قوله فصاحب التاريخ الاقدم اولى وفي الذخيره هذا قول ابي حنيفه وابي يوسف اخرا وبه
قال محمد اولا وقال محمد اخرا يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبره ولو ارخ احدهما فقط ففي النوادر عن ابي حنيفه
يقضي بينهما ولا عبره للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي
يوسف يقضي للذي ارخ وعلى قول محمد يقضي للذي لم يورخ لانه يدعي اوليه الملك وملك المورخ يقتصر
على وقت التاريخ وابو يوسف يقول انه اثبت الملك لنفسه في ذلك الوقت يقينا ومن لم يوقت يثبت
الملك يقينا وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه وابو حنيفه يقول انه لا يدل على سبق ملكه
لاحتمال ان يكون الاخر اقدم ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فجعل مقارنا رعايه للاحتمالين هذا اذا كان
المدعى في يد ثالث فان كان في يدهما فكذا الجواب لانه لم يترجح احدهما باليد ولم يحط حاله عن حاله الا
باليد **قوله** واقاما البينه على ما رحن فالاول اولى وانما يتفاوت فيما اذا لم يورخ احدهما كما
ذكرنا **قوله** معناه من غير صاحب اليد وفي تقييده بهذا القيد ليست زيادة فايده فان في هذا
الحكم المرتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت ان يكون دعواهما الشرا من صاحب اليد او غيره بعد ان
يكون البايع واحدا ولا نعلم فيه خلاف ذكره في الذخيره على الشرا من اخر اي ادعيا الشرا من رجل كل
واحد من رجل بخلاف الاول وذكرا تاريخا فهما سوا اي ذكرا تاريخا واحدا اما لو ذكرا تاريخين فالسابق
اولى لاثبات الملك لبايعه في وقت لا ينازعه الاخر فيه ويرجع الاخر بالثمن على بايعه لا سيما والمبيع من يده
ذكره في المبسوط بخلاف ما اذا ادعى الخارجان ارثا من ابويهما وتاريخ احدهما اقدم فعلى قول محمد اخرا
وهو قول ابي يوسف اولا يقضي بينهما ولم يعتبر سبق التاريخ في الارث في روايه ابي سليمان عنه وروى
ابو حفص عن محمد قال مثل قول ابي حنيفة في الميراث والملك المطلق ولا عبره للتاريخ في روايه ابي
سليمان سوا ارخ احدهما فقط او ارخا وتاريخ احدهما اسبق وفي الشرا يعتبر لان الشرا امر حادث
بسبب حادث فكل واحد من المشتريين يثبت الملك لنفسه ملكا حادثا لا يعلو له بملك البايع
فمتى اثبته لنفسه في وقت لا ينازعه غيره كان هو اولى وملك الوارث ليس بملك جديد بل هو عين
ما كان ثابتا للمورث لان الوراثه خلافه ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا كذا في الذخيره **قوله**
كانهما حضرا اي كان البايعان حضرا وادعيا وقوله كما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله فكل واحد منهما
بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك لانهما اي المدعيان اتفقا على ان الملك يتلقى الا
من جهته تعالى يتلقاه اي استقبله بالقبول والاخذ وانما حاجه كل واحد الى اثبات سبب الانتقال اليه
لا الى اثبات الملك وسبب الملك في حق الذي شهوده وقت اسبق فكان هو اولي **قوله** يتلقون
الملك من باعتهم وفي بعض النسخ من بايعهم كلاهما بطريق التغليب لان البايع واحد من المملكين الاربع فكان
المراد منه من يملكهم وفي بعض النسخ من يملكهم استدلالا بلفظ يتلقون **قوله** وعنه اي عن محمد رجع
محمد اليه الى القول بان بينه ذي اليد في الصور كلها لا تقبل الا في النتاج وعند الايمه الثلاثه بينة ذي

اليد اولى في كل الوجوه لترجحها باليد وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره ان محمدا رجع عن
هذا القول بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا عبرة للتاريخ
الا في النتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج **قوله** ولم
يعرضها لجهة الملك احرار عما لو قامتا على تاريخ في الشرا واحدهما اسبق فالاسبق اولى سوا كان
البائع واحدا او اثنين عندنا خلافا للشافعي على قول كما ذكرنا **قوله** متضمنة معنى الدفع اي
دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات تلقي الملك من قبله فيصل او يقول ان صاحب
الاسبق اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فهو اولى خارجا كان او صاحب يد وهذا
لان اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ كما وجب قبولها على النتاج لكون تاريخ
النتاج اسبق وكذا هذا اليه اشار في المبسوط والايضاح **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكرنا
من الدليل في الطرفين **قوله** ووقت احدهما دون الاخرى قيد بالوقت لان الخارج وذا
اليد لو اقامتا على ملك مطلق بلا تاريخ لا يقبل بينة ذي اليد عندنا خلافا للائمة الثلاثة وانما
وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق اذا ذكر التاريخ **قوله** وصار كما في دعوى
الشرا يعني اذا ادعيا من واحد وارخ احدهما يقضى للمورخ على ما مر واما على قولهما لا عبرة للتاريخ
لان بينة ذي اليد انما تقبل اذا كانت متضمنة للدفع ولا دفع ههنا لوقوع الشك في تلقي الملك من جهته
اي من جهة ذي اليد لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع
فلا تقبل مع الشك وعلى هذا اي على هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما وارخت احديهما فقط سقط التاريخ
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف الذي وقت اولى فالوجه ما بينا كذا في الايضاح **قوله** والمسئلة
بحالها اي ارخت احديهما فقط فهما اي الخارجان سوا وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد **قوله**
دليل استحقاق الزوايد وهي الاولاد والاكساب ورجوع الباعة بعضهم على بعض فلو اقتصر الملك لما
رجع فكان مدعي الملك مدعيا الملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ **قوله** كما لو ادعيا
الشرا اي من بايع واحد وارخ احدهما فقط كان صاحب التاريخ اولى كما مر **قوله** مضاميه اي
براجحه يعني لما وقع احتمال عدم التقدم في التاريخ انه متقدم لم يسقط اعتباره و**قوله** بخلاف
الشرا جواب عن قول ابي يوسف **قوله** فصاحب اليد اولى سوا اقاماها قبل القضا للخارج
او بعد القضا له وبه قالت الائمة الثلاثة وقال الشافعي في وجه بينة الخارج اولى بعد القضا له لان
ملك اليد مقضي بزوالها فلا يعض القضا وقال في الاصح بينة ذي اليد اولى بعد القضا للخارج وقبله
وقال ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى لانها اكثر اثباتا فانها تثبت اولية الملك بالنتاج وتثبت استحقاق
الملك الثابت لذي اليد بظاهرها وذو اليد لا تثبت بينته استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه وهو
القياس وفي الاستحسان بينة ذي اليد اولى لما رواه ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله ان رجلا
ادعى ناقة نتجها واقام ذو اليد البينة انها نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي في يده ولانه
تثبت بينته ما ليس بثابت بظاهر يده وهو اولية الملك فوجب قبولها مرجحا باليد بخلاف الملك المطلق
لانه ما تثبت بينته الا ما تثبت بظاهر يده ومعنى هذا الكلام ان حاجة ذي اليد الى دفع بينة الخارج وفي
الاقامة على النتاج ذلك لان النتاج لا يتكرر فيدفع بينة الخارج لان ملكه في الحال لا ينفي ملكا كان
للخارج فيه من قبل وانما تقبل بينته بعد القضا للخارج لان الخارج بينته لم يستحق على ذي اليد شيا فلم يصر
ذو اليد مقضيا عليه فيسمع بينته كما تسمع بينة اجنبي اخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج باقامة
البينة وقضي له ثم اقام صاحب اليد بينة انه له لا تسمع لان الخارج بينة استحق على ذي اليد الملك الثابت

له بظاهر اليد فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك بخلاف النتاج اليه اشار في المبسوط
والذخيرة **فان قيل** يشكل على هذا ما لو ادعى ذو اليد النتاج والخارج ان ذا اليد غصبه منه
او اجره او اعاره او اودعه او رهنه فبينة الخارج اولى **قلنا** ان بينة الخارج اكثر اثباتا في هذه
الصورة لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب او الاستئجار ونحوهما وانه ليس بثابت اصلا
وذو اليد ادعى اولية الملك واليد لا تدل عليها بل تدل على اصل الملك فكان ما ادعاه ذو
اليد ثابتا من وجه بظاهر يده وما ادعاه الخارج من الفعل غير ثابت اصلا فكانت بينته اكثر اثباتا
قال شيخ الاسلام اليه اشار محمد كذا في الذخيرة **قوله** خلافا لما يقوله عيسى بن ابان قال عيسى
الطريق عندي في النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب احدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين
فصار كانهما لم تقم بينة ولو لم تقم بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج
كذا ههنا وهذا ليس بصحيح فان محمدا ذكر في خارجين اقاما بينة على النتاج انه يقضى بها نصفين ولو كان
الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد فعلم ان القضا لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد للخارج
كذا في الذخيرة والمبسوط **قوله** عنده راجع الى رجل في الذخيرة صورة المسئلة عبد في يد رجل
ادعاه رجل انه عبده اشتراه من فلان وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه واقام على ذلك بينة واقام
صاحب اليد بينة انه عبده اشتراه من فلان يريد به رجلا اخر وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه
قضى به لذي اليد لان كل واحد خصم في اثبات نتاج بايعه كما هو خصم في اثبات ملك بايعه ولو حضر البايعان
واقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله ولا نعلم فيه خلافا وفي المبسوط بعد ذكر هذه المسئلة
وكذلك لو اقام بينة على وراثة او وصية او هبة مقبوضة من رجل وانه ولد في ملك ذلك الرجل
لانه تلقى الملك من جهة مورثه او موصيه فيكون خصما في اثبات نتاجه **قوله** فصاحب النتاج
اولى وبه قال الشافعي في القول الاصح ومالك واحمد وفي قول بينة صاحب اليد اولى وفي الخارجين
بينة النتاج اولى بلا خلاف و**قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ان بينة صاحب النتاج تدل على اولية
الملك و**قوله** الا ان يعيدها ذو اليد اي بينته يقضى له والا فلا لان القضا بالبينة الاولى
كان على خصم خاصة فجعل اقامتها في حق الثاني وجودها كعدمها فلم يصر الثالث مقضيا بتلك
القضية لان الملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على احد لانه يثبت انه من الابتدا كان ملكا له وهو لا يتكرر
قوله وكذا المقضي عليه بالملك المطلق يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبرهنا
ويقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافا للشافعي وتمسك ثم ان ذا اليد المقضي عليه بالملك المطلق
لو اقام بينة على النتاج تقبل وينقض به القضا الاول لانه بمنزلة النص اي نص ترك بخلاف الاجتهاد
ينقض الاجتهاد به فكذا ههنا وهذا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد على النتاج
والقضا للمدعي في هذه الحالة باطل ينقض وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل لانه صار مقضيا عليه
بالملك فلا يقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وفي الاستحسان لا يتصور استحقاق هذا
الملك عليه فلم يصر ذو اليد مقضيا عليه لظهور اولية الملك وبطلان القضا له بخلاف الملك
المطلق لانه صار مقضيا عليه ويعني ان لا ينقض القضا ببينة ذي اليد على النتاج لان القضا صادف
موضع الاجتهاد فعند ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى مع بينة ذي اليد على النتاج ولكن ينقض لان بينة
ذي اليد ما كانت ثابتة عند القضا فترجح باجتهاده بينة الخارج فلم يكن قضا عن اجتهاد بل كان لعدم
ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضا الاول كذا في المبسوط **قوله**
وكذلك النسج في الثياب الى اخره اي كالنتاج في انه لا يتكرر وفي المحيط النتاج عبارة عن اولية الملك

وكل سبب لشعر باولية الملك هو كالنتاج وكل ما يتكرر فيه سبب الملك وصنع مرتين لم يكن في
معنى النتاج وان كان مشكلا هل يتكرر ام لا في رواية ابي حفص يلحق بما يتكرر وفي رواية ابي سليمان يلحق
بما لا يتكرر فالبناء وغرس الشجر والقطن النابت وزرع الحنطة والحبوب يتكرر وتسوية اللحم وكتابة
المصحف واختلاط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشو والصياغة يتكرر ايضا لان هذه
الاشياء تعمل مرتين واتخاذ الجبن والطحن والعصر وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر فالنسج في الثوب
المتخذ من غزل القطن والابريسم لا يتكرر وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر **فان قيل**
فان قيل جز الصوف ليس بسبب لاولية الملك لان الصوف على ظهر الغنم ملك له قبل الجز فكيف يكون
في معنى النتاج **قلنا** نعم ولكنه قبل الجز كوصف الشاة ولهذا لا يجوز بيعه فلم يكن مالا مقصودا وبالجز
يكون مالا مقصودا في المغرب المرعزي بكسر الميم والعين فاذا شدد الزاء قصرت واذا خففت مددت
وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز والميم فيه زائدة والجزاء ثم دا
ثم سمي الثوب المتخذ منه وبره جزا قيل هو نسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج **قوله** كحلب اللبن الى
آخره وذكر في المبسوط في حلب اللبن واتخاذ الجبن هذه المسئلة على خمسة اوجه احدها ادعى
كل انه صنعه في ملكه فهو لذي اليد والثاني انهما برهنا ان اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه
يقضى به للخارج لان اصل المنازعة في اللبن وكل واحد برهنا على الملك المطلق والثالث لو برهنا
انه حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى به لذي اليد لان الحلب في اللبن لا يتكرر
فكان في معنى النتاج والرابع لو برهنا ان الشاة التي حلب منها هذا اللبن صنع منه هذا الجبن ملكه
فيقضى به للخارج لان المنازعة في ملك الشاة وبينة كل واحد قامت على الملك المطلق والخامس
برهنا ان الشاة التي حلب منه هذا اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته ولدت في ملكه فيقضى لذي اليد
قوله وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به والواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال تعالى
فسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضاء ببينة
الخارج هو الاصل عندنا وانما عدلنا عن الاصل بخبر النتاج وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام قضى في
تعارض بينتي النتاج لذي اليد وقد مر من حديث جابر **قوله** كل واحد منهما على الشراء من الآخر في
المبسوط اقام ذو اليد بينة انه اشتراه من الخارج ونقد الثمن والخارج اقام بينة انه اشتراه من ذي اليد
ونقد الثمن فعلى قول ابي حنيفة تهاترت البينتان سواء شهدوا بالقبض او لا وقال الشافعي في قول ومالك واحمد
في رواية عنهما هو لذي اليد اولى ووضع المسئلة في المبسوط من الخارج وذو اليد وذكر في الذخيرة سواء
كان المبيع في يد احدهما او في يد ثالث والثالث محمد وسواء شهدوا بالقبض او لا وسواء كان الثمنان على
السواء او احدهما انقص فان كان المبيع في يد احدهما يترك في يده قضاء ترك على الروايات كلها وان كان في يد
ثالث يقضى بين المدعيين نصفين ان كان لا يقضى بين العقدين في رواية الجامع وذكر في الباب الطويل في
الجامع يترك في يد الثالث قضاء ترك **قوله** ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراه من
ذي اليد اولا ثم باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض وهذا لا يجوز وان كان في
العقار عند محمد ولزم اسم القبض حتى يصح معمول دار زيادة على ما كانت البينة فلا يجوز هذا اذا لم
يشهدوا بالقبض فلو شهد الفريقان بالقبض تهاترا بالاجماع كما يجيء **قوله** ولا يمكن القضاء لذي
اليد الا بملك مستحق يعني لو قضينا بيد صاحب اليد كان هذا قضاء بالعقد لزوال ملكه الى غيره والسبب
لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا لم يبق الحكم له في الحال لم يكن السبب معتبرا كذا في الايضاح
ولان البينتين لما تعارضتا والتاني يتحقق من موجبهما تعين التهاتر لا يمكن ان يجعل كل واحد منهما

بايعا ومشتريا في ساعة واحدة ولا دليل على السبق ولا رجحان لاحدهما على الآخر **قوله** للوجوب
عنده اي لوجوب الثمن عند محمد فان السعر لما ساعده كان كل واحد موجبا للثمن عند مشتريه فتقاص
الوجوب بالوجوب عنده **قوله** تهاترا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعوى
مثل هذا البيع اقرار من كل واحد بملك صاحبه وفي مثل هذا تهاتر وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد
منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا ولا يمكن ان يجعل كل
واحد منهما بايعا ومشتريا في ساعة واحدة وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن الى آخره وفي الكافي وهذا
يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما فانه ذكر فيها لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين
عنده فيقضي بها لذي اليد اذ العمل بالبينتين ممكن بان يجعل كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها
بخلاف ما اذا لم يذكروا القبض حتى يقضى بها للخارج لانهما ما اثبتا القبض بالشهادة وقد ثبت القبض عيانا
وهي دلالة السبق فجعلنا ذا اليد مشتريا من الخارج اولا وقد قبضها ثم باعها من الخارج ولم يسلمها اليه
وقد ذكرنا وجه ما ذكر في المتن **قوله** وان وقت البينتان في العقار قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف
كما ذكرنا **قوله** وان اثبتا قبضا يقضي بها لصاحب اليد اي بالاتفاق لانه يجعل ان الخارج
باعها من بايعه بعد ما قبضها فكان بيع المبيع بعد القبض وذلك جائز بالاتفاق **قوله** في الوجهين اي
سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا به **قوله** فهما سواء ولا ترجيح بكثرة العدد وبه قال الشافعي
في الجديد ومالك في المشهور منه واحمد وقال الاوزاعي والشافعي في القديم ومالك في رواية يرجح
بزيادة العدد لان القلب الى قولهم اميل وعند مالك يرجح بزيادة العدالة فيقضي باعدل البينتين
وقد مر على ما عرف في اصول الفقه **قوله** فينصف بينهما وقال الشافعي في قول استعمال
البينتين في النصف وقال مالك واحمد في رواية وعن مالك في رواية يقسم الدار بينهما اثلاثا
كما قالا وفي قول التهاتر يحلف صاحب اليد لهما في النصف الذي تعارضت البينتان **قوله**
يضرب لكل حقه اي باخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث
اي ياخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث **قوله** ولهذه المسئلة نظاير ومن نظايرها الموصى له بجميع
المال وبنصفه عند اجازة الورثة او الموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن له مال
سواه • ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا اذان له احد المولين فاذانه درهم واجنبي مائة درهم
ثم بيع بمائة فالقسمة بين مولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة
ارباعا وكذلك المدبر اذا قتل رجلا خطا وآخر عمدا وللمقتول عمدا ابنان فعفى احدهما ثم دفع العبد بالجناية
ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقوقهم
والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة • ومما اتفقوا على ان القسمة بطريق المنازعة •
فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق
المنازعة عند ابي حنيفة سيان احدهما ان القسمة متى وجبت ابتداء في العين بحق ثابت لكل واحد على وجه
الشيوع والتعيين بطريق النزاع كما اذا تنازعا في خاتم احدهما يدعي كله والآخر نصفه فالحلقة للاول
والفص بينهما والثاني ان يكون حق احدهما في كل العين وحق الآخر في البعض الشايع فالقسمة بطريق
النزاع لانه ليس في معنى المواريث اذ ليس في المواريث من يستحق كل التركة ويستحق الآخر بعضه اذ
يثبت حق بعض الورثة على وجه التعيين والتمييز حال والعول ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة اذ
يستحيل ان يكون في المال نصفان وثلث او ثلثان ونصف فيقتصر عليه الا اذا كان غيره بمعناه
ويخرج على هذا الاصل اربع مسايل ثلث يختلف فيها احدها اذا تنازعا في الدار احدهما يدعي كلها

والاخر نصفها والثانية اذا اوصى بجميع ماله لرجل ولاخر بنصفه واجازت الورثة الثالثة اوصى بعين لرجل وبنصفها لاخر فالقسمة فيها نزاعية عنده عولية عندهما والرابعة فضولي باع الى اخر ما ذكرنا فالقسمة نزاعية والمعنى الموجب للقسمة بطريق النزاع عندهما شيان احدهما ما ذكره ابو حنيفة اولا ان الحق متى ثبت على وجه التمييز والتعيين فالقسمة نزاعية والثاني ان الحق متى وجب في عين بخلاف سواء كانا شايعين او احدهما والاخر معين فالقسمة نزاعية باعتبار التمييز وقت التحليف على التمييز في حق المختلف بيانه في المسائل الخمس المختلفة ان ثبوت الحق في العين بخلاف لان العفو بتعاقب وكذا الاداء في عين بخلاف وفي بيع الفضولي وقت ثبوت الحق بخلاف لان الكل عند الاجازة يستند الى وقت البيع وهو مختلف **ثم اعلم** ان المعنى الموجب للعول والمضاربة شيان احدهما ثبوت الحق في الذمة وقسمة العين من ثمراته كما في المواريث والوصايا والديون المجتمعة في التركة والثاني ثبوت كلا الحقين في العين ابتداء لكن على سبيل الشيوع كما في المواريث ونحوها فان حق كل واحد من الورثة ثبت على وجه الشيوع دون التعيين فاينما وجد احد هذين المعنيين يقسم بطريق العول والمضاربة عنده وخرج على هذا الاصل خمس مسايل منها ثلاث متفق عليها احدها قتل عبد رجلا خطأ واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان الى اخر ما ذكرنا لان القسمة انما وجبت بحق ثبت في ذمة المولى اذ الاصل في جناية الخطأ ان يكون الواجب عن الجاني يجب في ذمة المولى ويخير بين الدفع والفداء والثانية اذا كان الجاني مدبرا انقسم القيمة اثلاثا لهذا المعنى والثالثة ام ولد قتلت مولاها عمدا واجنبيا عمدا ولكل واحد وليان فعفى احد وليي كل واحد سعت في ثلاثة ارباع قيمتها وللساكت من ولي الاجنبي ربع القيمة منها ويقسم نصف القيمة اثلاثا لهذا المعنى والرابعة عبد مأذون مشترك ادانه احد المولى الى اخر ما ذكرنا يقسم ثمنه بينهما اثلاثا لان الدين وجب في الذمة ايضا والخامسة اذا ادانه اجنبي مائة واجنبي اخر خمسين يقسم اثلاثا لهذا المعنى هذه المسايل المختلفة على المعنى الاول واما على المعنى الثاني يخرج ست مسايل احدها الميراث والثانية الديون في التركة والثالثة اذا اوصى بثلث ماله والاخر بربعه والاخر بسدسه ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهم على طريق العول والرابعة الوصية بالمحاباة بان اوصى بان يباع عبد قيمته ثلاثة الاف من هذا الرجل بالف واوصى لاخر ان يباع منه هذا العبد الذي يساوي الفي درهم بالف درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والخامسة الوصية بالعتق بان اوصى ان يعتق من هذا العبد نصفه ومن العبد الاخر ثلثه وذلك لا يخرج من الثلث يقسم الثلث بينهما على طريق العول والسادسة الوصية بالف مرسلة ولاخر بالفين كان الثلث بطريق العول والسابعة عبد فقأ عين رجل وقتل اخر خطأ فدفع بهما يقسم الجاني اثلاثا وذكر شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة مختلف فيها والثامنة اذا كان الجاني مدبرا تقسم القيمة اثلاثا وهاتان المسئلتان تخرجان على المعنى الاول والمعنى الموجب للعول عندهما شيء واحد وهو ان الحقوق متى ثبت على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية سواء كان الشيوع في الحقوق كلها او بعضها اعتبارا بالمواريث واخواتها لان الحقوق ثبتت ثمة على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت فاستوت الحقوق في القوة فيلحق بها ما كان في معناه وهو الديون المتفاوتة اذا اجتمعت في التركة والعبد المدبر اذا فقأ عين رجل وقتل اخر خطأ لان الحقين ثبتا في وقت الدفع وفي مسئلة دعوى الدار الحق انما ثبت بقضاء القاضي كذا في الكتب **قوله** ولو كانت في ايديهما اي الدار في ايديهما وبرهنا فالدار كلها لصاحب الخمسة كما ذكر في الكتاب وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي ومالك واحمد في رواية بقيت الدار في ايديهما كما كانت لم يرجح بينة صاحب اليد باليد **قوله** وان اشكل كانت بينهما هذا الجواب في الخارجين

وان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقت البيان فان كانت الدابة على وفق بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد ولو كانت الدابة على وفق بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد **قوله** وان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطل البينتان كذا ذكره الحاكم وكذا ذكر في الايضاح وفي المبسوط من مشايخنا قال بطل البينتان والاصح ما قاله محمد وهو ان الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذا ان كانت غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ولا يترك في يد ذي اليد لانه اتفق الفريقان على استحقاقهما على ذي اليد فكيف يترك في يده مع قيام بينة الاستحقاق وبه قال الائمة الثلاثة

فصل في التنازع بالايدي

لما ذكر اثبات الملك بالبينة شرع في اثباته باليد والتصرف وهذا اضعف دليل الملك فاخره ولهذا لو تعارض اليد والبينة ترجح البينة بالاجماع **قوله** فالراكب اولى ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفي الذخيرة لو تعلق احدهما بلجامها والاخر بذنبها فالمتعلق باللجام اولى لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما الذنب قد يتعلق به غيره **قوله** فالراكب اي في السرج اولى لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا **قوله** فصاحب الحمل اولى ولا نعلم فيه خلافا وكذا اللابس اولى من المتعلق بالكم ولا نعلم فيه خلافا ايضا لانه اي اللابس اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا **قوله** فهو بينهما اي لا على طريق القضاء بل يترك في يديهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما لان القعود ليس بيد عليه اذ اليد على البساط لا تثبت الا بالنقل والتحويل او بكونه في يده ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصبا بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فانه يصير غاصبا بمجرد الركوب عليه بغير الاذن **فان قيل** فلما لم تثبت اليد عليه بالقعود ينبغي ان لا يقضى بينهما نصفين كما في الدار لو كانا قاعدين فيها فانه لا يقضى بها بينهما لان بالقعود في الدار لا تثبت اليد عليها كالجلوس على البساط فما وجه الفرق **قلنا** القضاء في البساط باعتبار علم القاضي حسا وعيانا انه ليس في يد غيرهما فقضى بينهما لانعدام مدع غيرهما عيانا باليد او بالملك اما في الدار ان علم القاضي انها ليست في ايديهما بجلوسهما فيها ولكن لما لم يعلم انها ليست في يد غيرهما لان اليد على الدار انما تثبت بالسكنى فيها او بالاختطاط له والقاضي ان علم انه ليس احد يسكن فيها لكن لم يعلم زوال يد الاختطاط عنها لان الدار انما تثبت يد المختط عليها في مكان لم يتحول عن ذلك الى مكان اخر فكان يد المختط له ثابتة على الدار حكما الا انه جعل صاحب اليد وجعل له صاحب اليد لا يجوز القضاء لغيره لم يثبت عدم كونها في يد غيرها وثبت في المنقول فجوزنا الحكم في المنقول دون العقار اليه اشار في الذخيرة **قوله** وطرف منه في يد اخر فهو بينهما وهذا يدل على ان جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى انه له كان القول له لكن هذا اذا عرف مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا فانه ذكر في المحيط والذخيرة خرج رجل من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا المتاع يعرف الرجل بيعه وحمله فهو له وان

لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في
الثوب فالقول لصاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رجل دخل دارا فوجد معه مال
فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي فقال ابو حنيفة القول لرب الدار ولا يصدق الداخل في شي
ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف
بصناعة شي بان كان حمالا لا يحمل الا البيت فدخل وعلى رقبته رق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع
في الاسواق فالقول له والا فلا فاثبت في هذه المسايل ان اليد في المنقول انما تعتبر عند دلالة
الدليل على ان ذلك الشي له عادة والا فلا **قوله** لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد مستمسك
باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا فلا يوجب ذلك رجحانا كما لو تنازعا في دابة ولواحد عليها مائة
من ولاخر خمسون منا كانت بينهما نصفين وكما لو اقام احدهما اربعة من الشهود والاخر اربعة وهذا
احتراز عما ذكر قبله لو تنازعا في قميص واحدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لان اللبس
تصرف اخر سوى التصرف باليد **فان قيل** يشكل على هذا ما لو ذكر بعده وان كان جذوع
احدهما اقل من ثلاثة وللاخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة
للترجيح اذ الشاهد من الطرفين وضع الجذع **قلنا** جوابه يجي في تلك المسألة **قوله**
وهو يعبر عن نفسه اي يتكلم ويعقل ما يقول وفي الذخيرة ادعيا عبدا وهو في ايديهما فان كان
العبد لا يعبر عن نفسه فالقاضي لا يقضي لهما بالملك ما لم تقم البينة ولكن يجعله في يديهما اذا لم يعبر
عن نفسه فهو البهيمة سواء وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك
وعند الايمة الثلاثة يحكم بالملك ايضا لان اليد فيه دليل الملك **•** وان كان العبد يعبر عن نفسه
وقال انا حر فالقول له ولا يقضي لهما بشي وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية وقال في
وجه هو كالذي لا يعبر عن نفسه وبه قال احمد في رواية ولو قال انا عبد احدهما لم يصدق وهو عبدهما
لانه لما اقر بالرق فقد ثبتت يدهما عليه حقيقة وحكما لان يد الحر ثبت على الرقيق ثم هو بقوله انا
عبد احدهما يريد ابطال اليد الثابتة عليه لاحدهما حقيقة وحكما فلا يقدر عليه بخلاف ما لو
قال انا حر الاصل لانه انكر ثبوت اليد على نفسه واليد لا تثبت على الحر فكان القول قوله وكذا
لو كان عبد في يد رجل فاقر انه لاخر لم يصدق والقول لصاحب اليد **فان قيل** اقراره
بالرق من المضار المحض فينبغي ان لا يصح كاقراره بالدين والطلاق والعتاق **قلنا** الرق ههنا
لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد لان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يقدر ربه عليه
وعند عدم المعارضة يقدر ربه عليه كما في الصبي الذي لا يعقل لان الاقرار بالرق مما يمكن تداركه
اذ النقص في معنى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين لانه مما لا يمكن تداركه لان
النقص فيه يمنع صحة الدعوى وكذا في الطلاق والعتاق **قوله** وان كان لا يعبر عن نفسه فهو
عبد للذي في يده **فان قيل** يشكل باللقيط فان الملتقط لو ادعى انه عبد لا يصدق وبه
قال الشافعي واحمد وهذا اصح **قلنا** يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه لانها ثابتة
حقيقة لا حكما فان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فلم يصح الدعوى منه
مع الشك بخلاف غيره لان يده عليه ثابتة يدعيه فيكون اليد عليه ثابتة حقيقة وحكما فيصح
الدعوى منه **فان قيل** وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ
الاصل في بني ادم الحرية لانهم اولاد ادم وحوى وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا
عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة **قلنا** اعترض على الاصل ما يدل على خلافه فيبطل الاصل اذ

اليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل ذلك الاصل
كذا في الفوايد الظهيرية وفيه نوع تامل واليد على البالغ لا تدل على الملك باتفاق الايمة الاربعة
قوله فهو لصاحب الجذوع وقال الشافعي واحمد لا ترجيح بوضع الجذوع لان الوضع قد
يكون عن ملك وقد يكون عن استعارة او غصب فلا ترجيح بالمحتمل قلنا واضع الجذوع مستعمل
للحايط بالوضع والاستعمال يد وعند التعارض القول لصاحب اليد **قوله** والمراد بالاتصال
اي الاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه يعني الاتصال ضربان اتصال تربيع واتصال
ملاصقة والاول هو المراد وقد يسمى اتصال تربيع في الذخيرة تفسيره اذا كان الحايط من مدر
او اجر ان يكون انصاف لبن الحايط المتنازع فيه داخله في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف
لبن غير المتنازع فيه داخله في المتنازع فيه **•** ولو كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساجه
بالجيم احدهما مركبة في الاخرى **•** واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا ظاهر الرواية وهو
شاهد ظاهر لصاحبه لان الظاهر هو الذي بناه مع حايطه اذ مداخلة انصاف اللبن لا تتصور الا
عند بناء الحايطين معا فهو اولى وبه قال الشافعي واحمد وفي الذخيرة الاتصال بالتربيع اولى وكان
الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحايط المتنازع فيه من الجانبين جميعا متصل بحايطين لاحدهما
والحايطان متصلان بمقابله الحايط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم
شي واحد فصاحب الاتصال اولى والمروي عن ابي يوسف ان المعتبر اتصال جانبي الحايط **قوله**
والهرادي ليس بشي وفي دستور اللغة هرادي السقف خشباته وبالفارسية **قوله** فهو
بينهما باتفاق الايمة الاربعة لا وضع الهرادي والبواري لا تثبت لصاحبها على الحايط يد استعمال لان
الحايط للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وانما توضع البواري
والهرادي للاستظلال والحايط لا يبنى الا للاستظلال فصار كما لو كان لاحدهما على الحايط ثوب
مبسوط ولا شي للاخر وهناك يقضى بينهما فكذا ههنا **قوله** ولا معتبر بالاكثر منها اي من
الثلاثة حتى لو كان لاحدهما عشر خشبات وللاخر ثلاثة فهو بينهما ولا يعتبر التفاوت بعد تمام النصاب
اذ الثلاث اقل الجمع كما في البينات وكما لو كان لاحدهما على الدابة مائة من وللاخر خمسون منا **قوله**
وللاخر اي لصاحب الجذع او الاثنين موضع جذعه وهو رواية كتاب الاقرار وفي الايضاح يريد به له حق
وضع الجذع حتى لا يمنع منه وهذا اذا ثبت ملكه بسبب العلامة اما لو ثبت بالبينة كان لصاحب
الجذوع ان يمنع صاحب الجذع الواحد او الاثنين من وضع جذعه على جداره وهكذا ذكر في المبسوط
وغيره وفي رواية لكل واحد ما تحت خشبته وهو رواية كتاب الدعوى حيث قال ان الحايط بينهما
على قدر الاجذاع ثم قيل ما بين الخشب بينهما اي نصفان **وقيل** على قدر حصتهما اي على رواية
كتاب الدعوى وفي الذخيرة يعني ما بين الخشبات على رواية كتاب الدعوى عند البعض على احد
عشر سهما وعند البعض بينهما نصفين لاستوائهما في ذلك كما لو اختلفا في ساحة المنزل يقضى بينهما
نصفان والقياس ان يكون بينهما نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة وقياس قول الشافعي واحمد
لانه لا اعتبار بالجذوع عندهما فلا تجيء هذه التفاصيل عندهما ووجه ان وضع الخشبة حجة في
هذا الباب لانه به يثبت الاستعمال كما كان لاحدهما خشبة واحدة ولا شي للاخر واذا كان كذلك
لا يترجح بزيادة الخشبات لان الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها **قوله** ووجه الثاني وهو رواية
كتاب الدعوى لان الاستعمال من كل بقدر خشبته اذ ذلك الموضع مشغول بجذعه **قوله**
وجه الاول وهو رواية كتاب الاقرار وهو الاستحسان ان الحايط يبنى للسقيف والتسقيف

لا يحصل بالخشبة الواحدة ووضع الخشبة وان كان حجة لكن ناقصة فلا تعتبر ولو كان لاحدهما
خشبتان وللاخر ثلاثة اختلف فيه **قيل** كالثلاثة لانه لا يمكن التسقيف بهما **وقيل**
بمنزلة الواحدة اذ لا يمكن التسقيف بهما الا على الندرة باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة في استحقاق
يد ويعلم منه الجواب الموعود وهذا احتراز عما لو ثبت بالبينة فان له ان يمنع عن الوضع لان
البينة حجة صالحة للاستحقاق **قوله** ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وهو الصحيح
من النسخ لموافقة الدليل المدعى وفي بعض النسخ ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وفي
الذخيرة لو كان الاتصال في طرف واحد فقال شيخ الاسلام والطحاوي وابو عبد الله المرشد ان
صاحب الاتصال اولى وذكر شمس الائمة السرخسي صاحب الجذوع اولى ولو كان اتصال في طرفي الحائط
المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي ومن
ضرورة القضا ببعضه القضا بكله او يرد المختلف فيه الى المتفق عليه و**قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة **فان قيل** لما قضي بالحائط لصاحب الاتصال ينبغي ان
يومر الاخر برفع جذوعه لان وضعها على ملك الغير بغير سبب ظاهر كما لو تنازعا في دابة لاحدهما عليها
حمل وللاخر عليها مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل ويومر برفع المخلاة **قلنا** وضع المخلاة لا يكون
مستحقا له على دابة الغير بسبب في الاصل وكان من ضرورة القضا بالدابة لصاحب الحمل امر للاخر برفع
المخلاة اما ههنا حق وضع الجذوع يجب له على حائط بان كان ذلك مشروطا في اصل القسمة فليس
من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الاخر وهذا بخلاف ما لو اقام احدهما
البينة وقضي له حيث يومر برفع جذوعه عن ملكه لما ذكرنا **قوله** فالساحة بالحاء المهملة وهو
عرصة في الدار ويستويان لاستوائهما في استعمالها اي استعمال الساحة لان استعمال الساحة للمرور
ووضع الامتعة ايضا وصب الوضو وكسر الحطب وهما في ذلك سواء ولعل مرور صاحب القليل
اكثر لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل والاجا وخراجا على ان الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس
العلة وصار كالطريق يستوي فيه صاحب المنزل والدار والبيت وهذا لان الاستحقاق باعتبار
اليد الا ترى انهما لو تنازعا في ثوب وعامته في يد احدهما وفي يد الاخر طرف منه يقضى بينهما لما ان اصل
اليد حجة للاستحقاق فالقليل فيه يساوي الكثير وكما لو اقام احدهما شاهدين والاخر اربعة فهما
سوا وبقولنا قال الشافعي واحمد **فان قيل** لو اقام احدهما شاهدا والاخر شاهدين يقضى
بالكثرة وكذا لو كان في يد احدهما وفي يد الاخر هدبه يقضى للذي في يده فهذا ترجيح بالكثرة وكذا
لو اخبر عدلان بطهارة الما وعدل واحد بنجاسته يحكم بطهارته وهذا ترجيح بالكثرة وكذا لو تنازعا
في حائط ولاحدهما عليه جذوع وللاخر جذع فهو لصاحب الجذوع وهذا ترجيح بالكثرة وكذا لو
تنازعا في الشرب يقسم بينهما على قدر الاراضي بخلاف مسئلة الكتاب ففي الكل ترجيح بالكثرة **قلنا**
اما مسئلة الشهادة لا تلزمنا لان الشاهد الواحد غير معتبر بالنص فلا يصلح حجة للقضا والاستحقاق
واما في مسئلة الثوب الاستحقاق باعتبار اليد ويد صاحب الهدب على الهدب لا الثوب فلا يثبت
الاستحقاق به اما ههنا سبب الاستحقاق وهو المرور واما في الاخبار بنجاسة الما وطهارته
فخبر العدل يترجح في امور الدين باعتبار ترجيح الصدق وفي العدد يفيد زيادة الصدق ايضا وفيما
نحن فيه استويا في سبب الاستحقاق واما مسئلة الجذوع فلما بينا ان الحائط لا يبنى لوضع خشبة
واحدة لعدم التسقيف فيه واما مسئلة الشرب فان الشرب شي يحتاج اليه الاراضي دون الارباب
فبكثرة الاراضي يكثر الاحتياج اليه فيتقدر به على قدره حوله في الشرب اما الساحة فيحتاج اليه

الارباب بنفسه وهما سوا في الاحتياج كما ذكرنا اليه اشار الامام التمرتاشي والمحبوبي **قوله**
واذا ادعى الرجلان ارضا الى اخره في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة غفل عنها القضاة وهي انه لو ادعى
ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده واقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز ان
يكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة ليجعلها القاضي
في يد احدهما ما لم يثبت كون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا انه يسمع الفقيه من ان تراجم
المقر له لان اقراره حجة في حقه وان اقام احدهما البينة جعل في يده **فان قيل** البينة
حجة على الخصم ولا خصم ههنا لانه لم يثبت كونها في يد الاخر فكيف يقضي باليد **قلنا** هو خصم
باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شي شرعا كانت بينته مقبولة
وذكر التمرتاشي لو طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد ما في يد صاحبه
على البتات ولو حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان
يظهر حقيقة الحال ولو نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه ولو نكل احدهما
قضي عليه لكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه لنكوله ولو كانت الدار
في يد ثالث لم ينزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث **قوله** وان اقاما البينة جعلت
في ايديهما لما بينا وهو قيام الحجة كما لو ادعيا الملك واقاما بينة اما لو طلبا القسمة فالقاضي
لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك وفي الفوائد الظهيرية قال بعض مشايخنا هذا قول
ابي حنيفة واما على قولهما يقسم بنا على مسئلة اخرى وهي ان الدار في يد ورثة كبار اقروا عند القاضي
انها ميراث عن ابيهم والتمسوا منه القسمة لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وخلفها
ميراثا لهم عند ابي حنيفة وعندهما يقسمها باقرارهم **قوله** لوجود التصرف والاستعمال فيها
اي في الدار ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب في الدابة واللبس في الثوب ذكره البزدوي

باب دعوى النسب

لما ذكر حكم دعوى المال شرع
في دعوى النسب وقدم دعوى المال لكثرة وقوعها وكان اهم في الصحاح الدعوة بالكسر في
النسب وبالفتح في الطعام **وقيل** على العكس **قوله** وكان دعواه اي البائع في دعوة
مناقضا وكذا ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فصار كما لو ادعى التدبير او الاعتاق قبل
البيع او ادعى اب البائع الولد وكذبه المشتري فانه لم يثبت النسب كذا هذا وفي الاستحسان
امكن اثبات النسب منه فيثبت وهذا لانا تيقنا حصول العلوق في ملكه لما ولدت لاقل من ستة
اشهر وذا نزل منزلة البينة العادلة في اثبات النسب منه وهذا معنى قوله اتصال العلوق بملكه
شهادة ظاهرة **قوله** فيعفى فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوى لان مبنى النسب على الاخفا اذ قد
يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر له انه منه حتى لو كان صبي في يد امراة فقال زوجها هذا الولد مني
زنا وقالت من نكاح منك ثم قال الزوج هو من نكاح ثبت النسب منه بخلاف الاعتاق والتدبير لان اعتاقه
وتدبيره لا يخفى عليه وبخلاف دعوة الجد لان العلوق ما حصل في ملكه وله حق التملك على ولده وقد زال
ذلك بالبيع **قوله** مع دعوة البائع او بعده قيد به لانه لو ادعاه المشتري اولا ثبت النسب منه
ولا يثبت نسبه من البائع بعد ذلك لاستغنا الولد عن النسب **قوله** وهذه دعوة استيلاد اي دعوة
البائع دعوة استيلاد ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه ودعوة الاستيلاد
اولى لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال فدعوة البائع سابقة معنى فكانت
اولى ودعوة الاستيلاد لا تفتقر الى حقيقة الملك ودعوة التحرير تفتقر وفي الحقيقة هذا جواب عن

نقل ابرهيم النخعي حيث قال فيها حب النسب من المشتري لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبايع
حق والحق لا يعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية بولد فادعاه مولاه وابو المولى فالمولى اولى لان له حقيقة
الملك وللاب حق التملك فعلنا هذه دعوة استيلاد الى اخره بخلاف دعوة المولى مع ابيه فان شرط
صحة دعوة الاب تملك الجارية من وقت العلوق اذ ليس له في مال ولده حق ملك ولا حقيقة بل له
حق التملك وايضا ان دعوة الابن دعوة الاب يمنع تحصيل هذا الشرط فلهذا اعتباه من المولى دون
ابيه كذا في المبسوط وجامع قاضي خان **قوله** ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على
الصلاح وقول المشتري على الصدق وكذا ذكره قاضي خان **قوله** فلا يبطل حقيقة العتاق
في الولد ولا حقه اي حق العتق وهو امومية الولد في امه كما لو ادعاه اجنبي اخر لان تصادقهما
ان الولد من البايع لا يثبت كون العلوق في ملكه لان البايع يدعي ذلك وكيف يدعي الولد لا يبقى في
البطن اكثر من سنتين وكان حادثا بعد زوال ملك البايع واذا لم يثبت العلوق في ملك البايع فكان
دعوة البايع هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس باهله اي باهل التحرير فلا يصح دعوى التحرير منه فلم
يعتق الولد ولا تصير امه ام ولد **قوله** ويبطل البيع لانهما تصادقا على النسب واحتمل
ان يكون العلوق في ملك البايع فيثبت النسب ويبطل البيع **قوله** لانها اي الام تابعة للولد
في ثبوت اموميتها لانها تستفيد الحرية من الولد قال عليه السلام اعتقها ولدها فكان الاستيلاد فرع
النسب **قوله** اذ هو الاصل اي الولد اصل في النسب والاستيلاد فرع النسب كما ذكرنا
ولا يضره اي النسب او الولد فوات التبع وهو الام او امومية الولد **قوله** فهو ابنه اي
ابن البايع فيقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة امها فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد يسقط
عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبايع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولا وكذا
الحكم فيما اذا دبرها او استولدها ذكره التمرتاشي **قوله** فدعواه اي دعوى البايع باطلة
اي اذا لم يصدقه المشتري ان الاصل في هذا الباب اي في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد
الولد **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لانها تضاف اليها ففي الوجه الاول وهو ما اذا اعتق
المشتري الام والبايع ادعى الولد وفي بعض النسخ ففي الفصل الاول **قوله** وهو اي المانع
العتق وقوله من الدعوة في قوله فان المانع من الدعوة صلة للمانع اي العتق الذي هو مانع من الدعوة
والاستيلاد انما قام في البيع وهو الام في الوجه الاول فلم يوثر منعه في الاصل و**قوله**
وليس من ضروراته الى اخره جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان يثبت الاستيلاد في الام اذا ثبت
نسب الولد ثبت الاستيلاد في الام فقال ليس من ضروراته كما في الولد المغرور فانه حر الاصل
ثابت النسب من المستولد وامه لا تكون ام ولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق فاذا لم يكن كونها
ام ولد للمدعي من ضرورات ثبوت النسب لا تصير امه ولد سواء ادعاه قبل عتق المشتري او بعده وفي
الفصل الثاني وهو فيما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البايع فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا من
الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي التبع وهو الام وانما كان الاعتاق اي اعتاق المشتري الولد
مانعا لدعوة البايع لانه اي الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب اي من البايع في حق الولد
وحق الاستيلاد اي حق استيلاد البايع في حق الام فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق استحقاق
البايع من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض لكن يرجح اعتاق المشتري بوجه اخر وهو ان
الذي من المشتري حقيقة الاعتاق وما وجد من البايع حق استحقاق النسب والحقيقة اقوى
من الحق فلذلك لم تقبل صحة دعوة البايع فيما اذا اعتق المشتري الولد وذكر قاضي خان انما لا يصح

دعوة البايع بعد اعتاق المشتري لان المشتري استحق الولا عليه بالاعتاق وهو بمنزلة النسب فلا
يمكن ابطاله ولو ثبت نسبه من المشتري لا يصح دعوة البايع فكذا هذا وقال هذا كله فيما اذا علم
ان العلوق كان في ملك البايع وان كان مشكلا بان جاءت لستة اشهر فصاعدا او لاقل من سنتين من
وقت البيع فلا يصح دعوته الا بتصديق المشتري و**قوله** في الفصل الاول وهو ما اذا ادعى
البايع الولد وقد اعتق المشتري الام و**قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الايمة وقاضي خان
والمحبوبي بان البايع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن لان ام الولد لا قيمة لها عنده وهذا قول
يخالف الرواية لما ذكرنا ان البيع لم يبطل في حق الجارية وفي المبسوط يرد في الموت كل الثمن عند ابي
حنيفة وفي الاعتاق حصة الولد فقط وفرق ابو حنيفة بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البايع
فيما زعم في الاعتاق حيث جعلها معتقة المشتري او مدبرة او ام ولد له فلم يبق لزعم البايع انها ام ولده عبرة
ولم يوجد التكذيب في فصل الموت اذ بموتها لم يجر الحكم بخلاف ما لو زعم فبقي زعمه معتبرا فيواخذ
بزعمه فيرد حصتها ايضا **فان قيل** ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد
قبض المشتري ولا حصة للحادث منه **قلنا** الولد حدث صورة بعد القبض ومعنى حدث قبله
لثبوت علوقه في ملك البايع ولهذا للبايع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري
كما له سبيل من الفسخ قبل القبض قبل الاستهلاك واذا كان كذلك كان له حصة من الثمن كما لو استهلكه
قبل القبض وههنا استهلكه بالدعوة **قوله** ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه
و**قوله** لان البيع يحتمل النقض وحق البيع للاحتراز عن الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان
النقض و**قوله** على ما مر اشارة الى قوله لانه لا يحتمل النقض **قوله** نسب احد التوامين
يعني باع احد التوامين وادعى نسب الاخر والتوام اسم للولد اذا كان معه اخر في بطن واحد وفي
المغرب ويقال هما توامان ويقال هما توام خطا كما لو قال هما زوج ويقال للانثى توامة وفي مبسوط
شمس الايمة ان ذكر التوام مكان التوامين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توام او توامان كلاهما
صحيح عند اهل اللغة **قوله** غلامان توامان الى اخره وتاويل المسئلة اذا كان علوقهما جميعا في
ملك المدعي لان دعوة البايع صحت في الذي عنده لمكان الملك والعلوق فيه وانما اعاد لفظ الجامع لما
فيه زيادة وهي قوله ولد عنده وفيه اشارة الى ما ذكرنا **قوله** لانه حر الاصل يبطل اي عتق
المشتري وفي بعض النسخ عتق المشتري وشراؤه لانه الى اخره جميعا يكون الضمير المستكن في يبطل راجع
الى كل واحد منهما لان تحرير الحر باطل اذ فيه اثبات الثابت **قوله** لان هناك يبطل العتق فيه
مقصودا يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة
البايع وانه لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي ومن البايع حق الدعوة والحق ادنى من الحقيقة فلا
يعارضها فكيف يرفعها فلذلك لا يبطل عتق المشتري اما في مسئلتنا لو بطل عتق المشتري انما يبطل بطريق
التبعية لمن هو حر الاصل الذي ثبت مقصودا من المدعي وهو دعوة البايع للذي في يده فصح ومن
ضرورة ثبوت حرية الاصل فيه ثبوت حرية الاصل للاخر ضمنا وتبعا لانهما توامان فيستغني عن قيام الولا
يبطل اعتاق المشتري ضرورة لانه تبين انه لاقى غير محله لما ذكرنا ان حر الاصل لا يعتق اليه اشار قاضي
خان والمرغيناني في فوايده والسرخسي في جامعه **قوله** لان هذه دعوة تحرير لانه لما لم يكن
اصل علوقهما في ملك البايع كانت دعوته دعوة تحرير وكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر
واعتاق احد التوامين ينفصل عن اعتاق الاخر فيقتصر هذا العتق على محل ولايته وصار كان البايع
اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وهذا بخلاف ما لو اشترى احد التوامين واشترى اب المشتري

الاخر ثم ادعى احدهما نسبه حيث يعتق كلاهما وهذا دعوة تحرير فينبغي ان يقتصر على محل ولايته لما ان المدعى
لاحدهما اما ان كان اب المشترى او المشترى فان كان اب المشترى فالابن ملك اخاه فيعتق عليه وان
كان المدعى هو الابن فالاب ملك حافدته فيعتق عليه كذا ذكره التمرتاشي **قوله** لم يكن ابنه ابدا
يعني سواء صدقه العبد الغايب او كذبه او لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق لان اقراره ثبوت نسبه من
الغير يمنع ثبوت النسب منه اذ اقراره حجة في حقه وفي جامع المحبوبي فلو حضر العبد اما ان صدق
المولى او كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه ففي الوجه الاول والثالث لم يصح دعوة المولى بعد ذلك
بالاجماع لانه لم يبطل اقراره بتكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره صحيحا وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
اكذبه ثم ادعى المولى نسبه لم يصح دعوته عنده خلافا لهما ولكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من
المولى ذكره في المبسوط **قوله** وان كان اي النسب لا يحتمل النقض الا يرى انه اي الاقرار
بالنسب يعمل فيه الاكراه حتى لو اكره بالاقرار ببنوة عبد فاقر لا يجوز وكذا لو اقر به هازلا واذا
ارتد بالرد صار كانه لم يقر اصلا او نفى نسبه ثم ادعاه وهناك يصح دعوته كذا هنا وذلك لان
قوله ليس بابني انكار ان يكون للابن عليه حقوق مالية وقوله هو ابني بعد ذلك اقر على نفسه بالحقوق
المالية والاقرار بالحقوق المالية بعد انكاره صحيح ذكره في الذخيرة وجامع المحبوبي ثم قال اي المشترى انا
اعتقته يتحول الولاء اليه اي الى المشترى فصار كانه لم يقر اصلا **قوله** والاقرار بمثله اي بمثل
ما لا يحتمل النقض لا يبطل بالرد بعد ثبوته بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل
اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه ولا خلاف فيه لاحد وكذا في دعوة النسب لم يبطل قوله
في حقه وفي المبسوط اقر بشيئين احدهما ثبوت النسب من الغير والاخر خروجه عن دعوى هذا النسب
اصلا وبتكذيب المقر له يبطل ما هو حقه ولا يبطل ما لا حق له فيه وهذا معنى قوله وهذا لانه تعلق به
حق المقر له الى اخره **قوله** ردت شهادته لتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه اي الشاهد لنفسه
لم يصح دعوته **قوله** يجر الولاء من جانب الام صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا
فجنى الاولاد كان عقل جناياتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان ملحقا بعدم الارث فاذا
اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه هكذا روي عن عمر ذكره قاضي خان وقد اعترض على الولاء الموقوف
وهو الولاء من جانب البايع وسماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب ما هو اقوى وهو
دعوى المشترى ودعواه اقوى لقيام ملكه في الحال فكان دعوة الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق
مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك بخلاف النسب على ما مر وهو قوله ان النسب لا يحتمل
النقض ولان المعتقة اذا ارتدت ولحقت ثم سبيت واعتقت فولاؤها لمن اعتقها ثانيا وبطل ولاء
الاول والنسب اذا ثبت حقيقة لا يحتمل الاسقاط **قوله** وهذا اي ما قاله يصلح مخرجا اي حيلة
على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد يشتريه رجل في بيع صبي ولد على ملكه ويبيعه ولا يامن المشترى ان
يدعيه فينقض البيع فحيلة الامن من انتقاض البيع ان يقر البايع انه ابن عبده الغايب فان بعد هذا
الاقرار لا يصح دعوته عنده فيامن المشترى من انتقاض البيع وفي الفوايد الظهيرية الحيلة في هذه
المسئلة على قول الكل ان يقر البايع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول
الكل **قوله** هو ابن النصراني يعني اذا ادعيا معا وبه صرح في الفوايد الظهيرية وفيه اي لان
دعوة المسلم لو سبقت يكون عبد المسلم لان الاسلام مرجح بكسر الجيم على صيغة الفاعل فيستدعي
تعارضا ولا تعارض يعني الاسلام انما يكون مرجحا عند وجود المعارضة ولا معارضة ههنا لان المعارضة
انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة بين الرقية والحرية فيما يرجع الى منفعة الصبي لان منفعة

الحرية له اكثر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا لانه يمكنه اكتساب الاسلام بنفسه
لوضوح دلايل الوحدانية وسطوع براهين الالوهية ففي كل شي له اية تدل على انه واحد وفي
عكسه الحكم بالاسلام تبعا اما لابيه او لمولاه لانه ليس في وسعه اكتساب الحرية بنفسه وقد مرت
المسئلة بتفاصيلها في اللقيط **قوله** ترجيحا للاسلام **فان قيل** يشكل هذا بما لو
ادعى غلام نصراني قد احتلم على رجل نصراني وامراة نصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه
ابنهما واقام كل واحد بينة فبينة الغلام اولى ولم يترجح بينة المسلمين باسلامهما بعد وجود المساواة (واة)
بين الدعويين في دعوى النسب ذكر المسئلة المحبوبي في جامعه **قلنا** ترجحت بينة الغلام لانه اشبه
بالمدعين وقال عليه السلام البينة على المدعي فمن كان به اشبه اولى كانت بينته اولى وذلك
لان معظم المنفعة في النسب للولدين لان الولد يعير اذا لم يكن له اب معروف والوالد لا يعير اذا
لم يكن له ولد وكان في بينته حق لنفسه فصار اشبه بالمدعين كذا ذكره في الذخيرة وفي
الايضاح بينة الغلام اولى لانه صاحب يد فصار كما لو ادعيا عينا بالشرا من واحد وا قاما بينه
واحدهما صاحب اليد فهو اولى كذا هنا **قوله** ومعنى المسئلة الى اخره قيد به لانه اذا لم يكن
لها زوج فالقول لها من غير بينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشايخ من اجرى
المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم يكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد وفرق بين الرجل والمراة
حيث يجوز دعوى الرجل النسب بلا بينة ولا يجوز من المراة ووجه فرقه ان الاصل ان كل من ادعى
معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول له فيه وكل من يدعي معنى يمكن اثباته بالبينة لا يقبل قوله
الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت الدخول وكذبها
الزوج لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ومثله لو علق طلاقها بحيضها فقالت حضت تقبل
قولها بلا بينة للعجز عن الاثبات بالبينة وفي مسئلتنا يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال
الولد منها مما يشاهد ويعاين ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال
لمكان الخفا والتغيب عن عيون الناظرين فيصدق بلا شهادة قابلة ولان دعوى الرجل اقرار على
نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية اما دعوى المراة فاقرار على الزوج اذ لا يلزمها شي من
ذلك والدعوى لا تقبل الا بحجة كذا ذكره المرغيناني وقاضي خان **قوله** ولو كان الصبي في
ايديهما الى ان قال فهو ابنهما هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له ايهما صدق
ثبت نسبه بتصديقه وعند الائمة الثلاثة لا يعتبر تصديقه قال التمرتاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى
النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح وقالت ابني منك من زنا
لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك من نكاح ثبت لما قلنا وفي الايضاح (اى منك)
دعوى النسب لا تبطل بالتناقض لان التناقض بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب اقوى من
النفي وفيه لو تصادقا على ان الولد من الزنا من فلان ثبت النسب من الزوج لان سبب ثبوته دائم وهو
الفراش وهو حق الصبي فلا يعمل تصادقهما على ابطال النسب وكذا لو كانت المنكوحة امة او كان
النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد **قوله** معتمدا على ملك يمين باي سبب كان مثل الشرا والهبة
والصدقة والوصية او نكاح يعني بزوج امراة على انها حرة ثم ظهرت البينة انها امة فالولد في هذه
المسائل حر بالقيمة روى ذلك عن عمر في النكاح وعن علي في الشرا وذا بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع
قوله ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى الامر على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر
والامة ملك المستحق والولد متفرع من ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقهما بقدر الامكان

وذا ابا زعمى حق المستحق في معنى المملوك وحق المغرور في صورته فيجعل حر الاصل في حقه وعبدا في حق المستحق
ولهذا قال محمد لو تزوج عبد امراة غره رجل انها حرة فولدت ثم ظهر انها امة فالولد حر بالقيمة عنده لان
الصحابة حكموا بذلك فلا فصل بين اب واب وقال ابو حنيفة مولود بين رقيقين فكيف يكون حرا والمنقول
عنهم في حق الاب الحر لانه اي يوم الخصومة يوم المنع وفي شرح الطحاوي تعتبر قيمته يوم القضا بالقيمة
لانه انعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه في العين الى البدل الا بالقضا فتعتبر قيمته يوم القضا ولو مات
الولد اي مات قبل الخصومة لا شي على الاب لان الولد لو كان مملوكا حقيقة كما في ولد المغصوب لم يكن مضمونا
قبل الطلب عندنا فكذا اذا كان مملوكا بجهة **قوله** وكذا لو ترك مالا اي مات ولد المغرور وترك مالا
ميراثا لابيه لا يضمن الاب شيا من قيمته وهذا الدفع شبهة وهي ان يقال لما اخذ ديته قامت الدية مقام الولد
في المنع فينبغي ان يجعل منع تركته كمنع ديته فقال في جوابه الارث ليس ببدل عنه اي عن الولد بخلاف الدية
ثم يعتبر الولد ساكنا بسلامة الارث فلم يعدم شيا والمال لابيه لان الولد حر الاصل في حقه فما ترك يكون
ميراثا لابيه **فان قيل** ينبغي ان يكون الارث مشتركا لانه رقيق في حق المستحق وان كان حر
الاصل في حق المستولد ايضا وانما قدرنا الرق في حقه لضرورة القضا بالقيمة والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة ولان الولد لو كان رقيقا فهو احق بماله لعدم استحقاق المستحق في ماله بالسبب فكذا
بعد وفاة الولد هو احق به بخلفه وارثه وكذا لو قتله غيره اي غير الاب واخذ الاب ديته وفي
المبسوط لو قضي له بديته ولم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه من البدل
ولو كان للولد ولد حر ورث ديته ميراثه مع الاب يخرج للاب من الدية مثل القيمة او دونها قضي على
الاب بمثل ذلك لتحقق المنع في البدل ولا يقضى في التركة ولا في الدية لان هذا الضمان مستحق على الاب
ميتا قضي في تركة الاب لانه دين عليه يستوفى من تركته **قوله** ويرجع اي المشتري المغرور
على بائعه بقيمة الولد لانه اي بائعه ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب
فوق الاستحقاق **قوله** بخلاف العقر اي لا يرجع بالعقر الذي اخذ منه المستحق فانه يجب عليه
العقر بالاجماع لو وطيه امة الغير وسقط الحد للشبهة يجب العقر وقال الشافعي يرجع بالعقر كما
يرجع بقيمة الولد وثمن الامة وبه قال مالك واحمد لانه ضمان لزمه بسبب فوت سلامة مستحقه
بالعقد ولان البائع مال عنده فصار كاستحقاق جزء منه وقلنا العقر عوض عما استوفى من منافع
البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره لانه لو رجع به سلم المستوفى له مجانا والوطي في ملك الغير لا
يجوز ان يسلم للواطي مجانا بخلاف ما ذكر لان البائع ضمن سلامة المبيع والاولاد للمشتري فيرجع اذا لم
يسلماله وفي المبسوط ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشي من قيمة الولد عندنا وقال الشافعي
يرجع به لان الغرور قد تحقق منه باخباره الملك له في المحل واخباره انها مملوكته سوا كان بعوض او بغير
عوض وقلنا بمجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من اخبر آخر بان هذا الطريق آمن فسلك فيه
فاخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشي وانما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لاستحقاق
صفة السلامة مستحقه ولهذا لا يثبت له فيه حق الرد بالعيب فلا يرجع المتبرع بقيمة الاولاد ولان
عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع ولهذا لو وهب شيا لا يجب عليه تسليمه والملك
لا يحصل له قبل التسليم كيلا يلزمه ضمان التسليم ولو باعها المشتري من آخر واستولدها المشتري الثاني
ثم استحقها رجل وجعل القاضي الولد حرا بالقيمة يرجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة
الولد ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها
عند ابي حنيفة لان البائع الاول ضمن للمشتري الاول سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري الثاني

لان ضمان السلامة انما ثبت بالبيع والبيع الثاني يضاف الى البائع الثاني لا الاول وعندهما يرجع بقيمة
الولد ايضا لان المشتري الثاني انما يرجع على بائعه بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد في ضمن
البيع وهذا المعنى يقتضي رجوعه على البائع الاول لان البائع الاول ضمن سلامة الولد له ولم يسلم لما انه
اخذ منه قيمة الولد والله اعلم

كتاب الاقرار

لما فرغ من الدعوى شرع في الاقرار لان جواب الدعوى اما ان يكون اقرارا او انكارا فشرع في الاقرار
ثم بالصلح لانه يكون في الاغلب بعد الانكار ومحاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط الواجب عن ذمته
ومنها ايصال الحق الى صاحبه وارضا صاحب الحق وارضا خالق الخلق فكم من صاحب ملك لا يعرف
ملكه او لا يعرف مقدار حقه او ملكه ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووفا العهد ثم
الكلام في الاقرار لغة وشرعا وفي ركنه وشرطه وحكمه ودليل كونه حجة **اما لغة** فافعال
من قر الشي اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود **واما شرعا** فاخبار عن
ثبوت الحق للغير على نفسه **وسببه** ارادة اسقاط الواجب عن ذمته **وركنه** الالفاظ
فيما يجب به موجب الاقرار **وشرطه** العقل والبلوغ بلا خلاف وفي كون المقر غير مبذر او غير
سفيه وغير سكران اختلاف **وحكمه** ظهور ما اقر به ولزومه لا اثباته ابتدا الا
ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشا يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا
لو اقر بمال لغيره كاذبا والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له اخذه عن كره منه ديانة الا ان يسلمه
بطيب نفسه فيكون كتمليك مبتدا ويثبت حكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار ما اقر به لا التمليك
به ابتدا **و**يدل عليه مسايل منها انه لو اقر بعين لا يملكه يصح اقراره وان لم يملك تمليكه حتى لو ملكه
المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ومنها ان اقرار المسلم بالخمر يصح وان لم يملك تمليكا مبتدا
ومنها ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة
ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة ومنها ان العبد المأذون لو اقر بما في يده صح
ولو تبرع به ابتدا لا يجوز **وهو** مشروع بالكتاب قال تعالى شهدا بالقسط ولو على انفسكم قال
المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقال تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد وقال تعالى
وليملل الذي عليه الحق والاملا الاقرار وقال تعالى واذ اخذ الله ميثاق النبيين الى قوله واقررتم
واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا وقال تعالى وآخرون اعترفوا بذنوبهم وقال تعالى الست بربكم
قالوا بلى **و**بالسنة ما روي انه عليه السلام رجم ماعزا باقراره على نفسه بالزنا والغامدية باقرارها
وفي حديث العسيف فاغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها فلما جعل الاقرار حجة في الحدود
التي تدرا بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى وعليه اجماع الامة **و**الدليل المعقول ان الاقرار
خبر محتمل للصدق والكذب فيرجح جانب الصدق لانه غير متهم فيه فان المال محبوب المرء طبعا
فلا يقر لغيره كاذبا مع كمال عقله ودينه طبعه والزواجر شرعا عن الكذب **قوله** اخبار عن
ثبوت الحق لا اثبات كما مر وفي المحيط ولهذا لو اقر بخمر لمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب
استرداده ولو اقر بخمر مستهلكة له لا يصح لانه لا يجب للمسلم بدل الخمر لو قوعه دلالة اي لوقوع
الاقرار دلالة على وجود المخبر به **قوله** وتلك المراة وهي الغامدية امراة من غامد حي
من الازد **قوله** وهو حجة قاصرة بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضا وله ولاية نفسه
دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق
على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية فلا يصدق عليهم

وقوله لان اقراره اي اقرار العبد المحجور محمدا اي عرف موجبا تعلق الدين متصل بقوله لا يصح اقراره بالمال وهو مال المولى يعني صفقت ذمته بالرق فانصرف اليها ما ليه الرقبة وهي ملك المولى فلا يصح اقراره عليه قوله بخلاف الماذون لانه اي الماذون مسلط عليه اي على الاقرار من جهته اي من جهة سيده لانه لما سلطه على التجارة والتجارة لا تكون الا بصحة الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لانحسم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتهيا لهم الاشهاد في كل تجارة كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة ولا خلاف فيه بخلاف الحدود والقصاص لانه مبقى على اصل الحرية ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبه قال الشافعي ومالك وابو الخطاب الحنبلي وعن احمد ان اقرار العبد بالحد والقصاص في ما دون النفس يصح واقراره بما يوجب القصاص في النفس لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود بن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده فاشبه الاقرار بقتل الخطا قوله ولا بد من البلوغ والعقل ولا نعلم فيه خلافا قوله الا اذا كان الصبي العاقل ماذونا فيصح اقراره في قدر ما اذن له فيه وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي لا يصح اقراره مطلقا ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت امكان صدق فيه وبالسن لا يصدق الا ببينة وبه قال مالك واحمد في رواية الظاهر قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وقلنا انه عاقل مختار صح تصرفه باذن الولي وكذا اقراره كالبالغ وكما لو اقر بلوغه او دبر او اوصى فانه يصح تدبيره ووصيته في قول عند الشافعي والحديث دل على رفع التكليف والاثم على عدم صحة تصرفه ولما اذن الصبي في التجارة صح اقراره بدين لرجل او وديعة او عارية او مضاربة او غصب لانه التحق بالاذن له لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن في التجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة مال بغير مال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما وتمييزهما ولا نعلم فيه خلاف واقرار السكران يصح بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة وتنفذ سائر التصرفات من السكران كما تنفذ من الصاحي وقد مر تمامه في الطلاق قوله وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولا نعلم فيه خلافا قوله لا يعلم ارشها لان الواجب في الجراحات ان تساوي حولا فلا يعلم في الحال موجبه قوله فيصح به اي بكون المقر به مجهولا بخلاف الشهادة حيث لا يصح مع كون المشهود به مجهولا مع انها اخبار عن ثبوت الحق ايضا لان الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء والقضاء بالمجهول لا يتصور اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء وقد امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح عن الشهادة قبل القضاء بها كذا في المبسوط قوله بخلاف الجهالة في المقر له فانها تمنع صحة الاقرار بلا خلاف وفي الذخيرة جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم يكن متفاحشة لا تمنع بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح ايضا في هذه الصورة لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدته الجبر على البيان ولا جبر على البيان ههنا والاصح انه يصح لانه يفيد فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ قوله فان لم يبين اجبره على البيان وبه قال الشافعي ومالك واحمد وقال الشافعي في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير جعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان اصر

نكر

جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء قلنا للمقر له ادع عليه حقك فاذا ادعى واقر او انكر اجرينا عليه حكمه قوله لفلان علي شيء وكذا لو قال حق قوله صح اقراره بالتاء الجارة لزمه ان يبين ما له قيمة قل او كثر كحبة او فلس او جوزة او تمرة او ما اشبه ذلك ولا نعلم فيه خلافا وفي الايضاح ولا بد ان يبين شيئا مما يتمانع الناس ويقصد بالغصب لان ما لا يقصد به كالتراب لا يسمى غصبا ولو بين مما يقصده الناس ولا قيمة له قيل قوله فيه عند مشايخ العراق نحو ان يقر انه غصب صبيا حرا او جلد ميتة وقال مشايخ ما وراء النهر لا بد ان يبين ما له قيمة لان الاقرار بالغصب اقرار بموجبه وهو الرد وانما يتكامل الرد بايجاب القيمة عند تعذر رد العين وكذا الخلاف اذا فسر بما لا يقصد بالغصب كغصب العقار وخمر مسلم ولو فسره بحبة حنطة او شعيرة او سمسمة وما اشبه ذلك لا يقبل وبه قال الشافعي في وجه ومالك واحمد وقال الشافعي في وجه يقبل لانه شيء يحرم اخذه وعلى من اخذه رده وقلنا هذا لا يتمول عادة على انفراده فلا يتحقق فيه التمانع ويقبل تفسيره بالكلب وبه قال مالك والشافعي في وجه واحمد في رواية ولو فسره بجلد ميتة او خنزير او خمر مسلم قبل قوله في قول مشايخ العراق وبه قال الشافعي واحمد في رواية وعند مشايخ ما وراء النهر لا يقبل قوله لانه لا قيمة لهذه الاشياء وبه قال مالك والشافعي في وجه واحمد في رواية قوله لما بينا اشارة الى قوله اخبر عن الوجوب في ذمته وفي المحيط لو قال لفلان علي حق ثم قال عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا صدق لانه بيان تغيير باعتبار العرف وقال الشافعي ومالك واحمد لا يصدق في الوجهين لان كلمة علي توجب الوجوب في الذمة ولا وجوب هنا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان او اشترى منه شيئا لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع شيئا مجهولا لا يجب تسليمه بحكم البيع لكونه فاسدا فاذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب منه شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار قوله ويقبل قوله في القليل والكثير وبه قال الشافعي واحمد لاطلاق اسم المال عليه ومالك في وجه وحكي عن مالك ثلاثة اوجه احدها كقولنا وثانيها لا يقبل الا اول نصب من نصاب الزكاة من نوع من اموالها وثالثها لا يقبل الا فيما يستباح به البضع والقطع في السرقة الا انه لا يقبل في اقل من عشرة دراهم عندنا لان المكسور لا يعد مالا عادة ذكره في المبسوط قوله ولو قال مال عظيم الى اخره وفي المبسوط عندهما لا يصدق في اقل من مائتي درهم وهو رواية عن ابي حنيفة وعن ابي حنيفة لا يصدق في اقل من عشرة دراهم والاصح على قول ابي حنيفة انه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة وكما ان المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة مال عظيم في قطع السرقة فتعارض فيرجع الى حال المقر وعلى حاله يبنى وقال الشافعي واحمد يقبل تفسيره في قوله مال عظيم او كثير او جليل او خطير بالقليل والكثير لان العظيم والكثير لا حد له في الشرع واللغة والعرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير فاحتمل الوجوه فيرجع الى بيانه وقلنا في هذا الغاء قوله عظيم لانه جعله لا فائدة في تخصيص وصف العظيم وعن بعض اصحاب مالك فيه ثلاثة اوجه كما في المال وقال بعض اصحابه يزيد على ذلك اقل زيادة وقال بعض اصحابه قدر الدية وقال الليث الكثير اثنان وسبعون لانه قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وغزواته اثنان وسبعون وفيه بعد لان الاية تدل

على ان الاسن وسمعين كثيره ولا يسمى الكثره عن عشره **قوله** وعند ابي حنيفه مثل جواب الكتاب وهو انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم كما بينا من روايه المبسوط **قوله** وهذا اي ما ذكرنا انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم كما اذا قال من الدراهم يعني بين وقال مرادي من المال العظيم الدراهم **قوله** فيه من جنسه وانما اشترط ان يجب فيه من جنسه حتى يكون عظيما لان ايجاب خلاف جنسه كايجاب شاه في خمس من الابل دليل حقارته وقصوره وقلته ذكر في الذخيره والايضاح لو قال على مال نفيس او كريم او جليل او خطير قال الناطفي لم اجد منصوصا وذكره الجرجاني يلزمه مائتان وعند الائمه الثلاثه العظيم والكثير والنفيس والجليل والخطير والكريم سوا كما ذكرنا ولو قال دُرَيهم او دنينير يلزمه درهم او دينار لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير وقد يذكر على طريق الاستقلال ولا ينقص عن الوزن وعند الائمه الثلاثه يصدق فيما فسره كما في قوله حقيرا وخسيس ولو قال على حنطة كثيره فهذا على خمسة اوسق عندهما وعند ابي حنيفه لا نصاب الحنطه مرجع الى بيان المقر وعند الائمه الثلاثه الحكم فيها كالحكم في مال كثير ولو قال عشره ابلا كثيره فهذا على خمسه وعشرين لانه ادنى ما يجب فيه الزكاه من جنسه **قوله** من اي نسماه اي نوع حتى لو قال من الدراهم كان ثلثمائة درهم **قوله** ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشر وكذا لو قال دينارا او كيليا او وزنيا لم يصدق في اقل من احد عشر حتى لو قال كذا كذا نحو ما من حنطه لزمه احد عشر نحو ما وبه قال ابن عبد الحكم المالكي نقله عن مالك وكذا لو قال كذا كذا درهما ودينار الزمه احد عشر منهما عند مالك ولو قال كذا درهما بدون التكرير يلزمه درهم وذكر في الذخيره والتتمه محالا الى الجامع الصغير يلزمه درهمان لان كذا كنايه عن العدد واقل العدد درهمان والواحد لا يكون عددا وقال الشافعي واحمد في قوله كذا درهما وكذا وكذا ففيه اربعه اقوال احدها ان يقول درهم بالرفع يلزمه درهم ويقدره شي هو درهم فيجعل الدرهم بدلا من كذا وثانيها ان يقول درهم بالجر يلزمه جزء درهم وكذا يكون كنايه عن جزء درهم وثالثها ان يقول درهما بالنصب ونصبه على التمييز وهو التمييز فيلزمه درهم ورابعها ان يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضا لانه يجوز ان يكون اسقط حركة الجر للوقف وقال القاضي الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي يلزمه درهم في الحالات لان كذا كنايه عن الدرهم عادة ولكن قال الشافعي واحمد ان كذا اسم مبهم صح تفسيره بجزء درهم ولو قال كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فصار كانه قال هما درهم ولو قال درهما بالنصب فيه ثلاثه اوجه احدها يلزمه درهم واحد وهو قول بعض اصحاب احمد والشافعي في قول لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحا وثانيها يلزمه درهمان وهو قول بعض اصحاب الشافعي في قول لانه ذكر جملتين وفسرها بدرهم فعاد التفسير الى كل منهما وثالثها يلزمه اكثر من درهم وبه قال بعض اصحاب احمد ولعله ذهب ان الدرهم تفسير للجمله وبقيت الاولى على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه كذا ذكره ابن قدامه في المغني ثم قال واللفظ يحتمل ما ذكرنا ويحتمل ما ذكره اصحاب ابي حنيفه فوجب المصير الى ما قلنا لانه يقين والزيادة مشكوك وقلنا ان كذا كنايه عن العدد والدرهم وما دونه لا يكون عددا فلا يكون كنايه عنهما فيتعين ما قلنا ولهذا لو قال لفلان على كذا درهما يلزمه درهمان على ما نقلناه من الذخيره وما قال في الهدايه يلزمه درهم لانه نفع كذا كنايه عن الدرهم في العرف والعاده فيكون درهما تفسيره وما نقله ابن قدامه في المغني وصاحب الحليه عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما عنده لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب خلاف ما ذكره في الهدايه والذخيره

والتتمه وفتاوى قاضي خان كما ذكرنا ولم اجده في الكتب المشهوره لاصحابنا وعند ابن الحكم المالكي يلزمه عشرون **قوله** وقبلي ينبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجه الدين قباله وهو ظاهر قول الائمه الثلاثه ولو قال هو وديعه اي في قوله علي او قبلي **قوله** والاول وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى **قوله** او صندوقي وكذا لو قال في كيسي فهو امانه لما ذكره في المتن ولان هذه المواضع انما تكون محلا للعين لا للدين فان الدين محله الذمه ولهذا اقلنا على كلمه ايجاب فيكون في الذمه وكذا قبلي كلمه ضمان والضمان في الذمة **قوله** فتثبت اقلهما وهو الامانه وهو ظاهر مذهب الائمه الثلاثه بخلاف ما لو قال علي مائه درهم دين وديعه او وديعه ودين فانه لا يثبت الامانه ويكون دينا مع التصريح بلفظ الامانه لان تنوع اللفظ الى الامانه والدين انما نشا من لفظ واحد وفي تلك المسئله بالتصريح من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانه والاخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار يترجح الدين كذا في المبسوط وهذا لان استعاره لفظ الدين لما يوجب الامانه ممكن لا على العكس لانه يمكن ان يستعار لفظ الوجوب لوجوب الحفظ في الامانه اما لفظ الامانه ينبي عن عدم الوجوب في الذمة فلا يصلح استعارته للوجوب **قوله** ولو لم يذكر حرف الكنايه وهو الها لا يكون اقرارا وقال الشافعي واحمد في قوله اتزن واستقد لا يكون اقرارا بالها وغيره وبه قال بعض اصحاب مالك لانه لم يوجد منه حقيقه التزام وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا يكون اقرارا بالشك وعن بعض اصحاب الشافعي اذا كان بحرف الكنايه يكون اقرارا كقولنا وقال ابن سحنون المالكي يكون اقرارا في الوجهين الا اذا قال اتزن او زنها ما ابعدك من ذلك او قال من اي ضرب تاخذها ما ابعدك من ذلك فليس باقرار وفي قوله قضيتكما او قضيت او ابراتني اقرار عند الائمه الثلاثه وعن بعض اصحاب الشافعي ان قوله ابراتني عنه ليس باقرار لقوله تعالى فبراه الله مما قالوا وبرئته عن عيب الادرة لا يقتضي اثباته له قلنا هذا هكذا فيما اتهموه اما لا يصح ذلك في دعوى الدين **قوله** ودعوى الابرا كالقضا بان قال ابراتني كالقضا لما بينا وهو انه يقتضي سابقه الوجوب وفي المحيط لو قال لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اقعد فاقبضها او حدها او لم تحل بعد هذا او قال غدا او ارسل من يتزنها او بعضها او قال ليست بمتهياة او متيسره اليوم او اخرها عني او اوديها او قال ما اكثر ما تتقاضا او غممتني بها او حتى يدخل علاي او نقدمها او اجلها على عزما يك او قال قضيتكها او ابراتني او حللتني فكلها اقرار لانها تقتضي سابقه الوجوب ولو قال اتزن او استقد او اخر او سوف اعطيك ولم يذكر معه حرف الكنايه لا يكون اقرارا وهكذا لو تكلم بالفارسيه الا ان كلمه الشين في الفارسية مقامها الكنايه حتى لو قال الاخر هزار درم مرا بر تست فقال بسنجش او بركشش او قال بكيسه دوزش او قال بدهمش او قال بزداده همش يكون اقرارا ولو قال بغير كلمة الشين بان قال بسنج او بركش او كيسه دوز لا يكون اقرارا ولو قال كيسه دوزش بكسر الزاي او قال بركسس بكسر الشين قيل لا يكون اقرارا والاصح انه يكون اقرارا وفي المبسوط والمحيط ولو قال لي عليك الف الف فقال نعم يكون اقرارا لان نعم لا يستقل بنفسه اما لو قال هل عليك الف فاوى براسه نعم لا يكون اقرارا لان الاشاره لا تقوم مقام الكلام من غير الاخرس وكذلك اذا قال ساعطيكها او غدا اعطيكها او اتزنها او خذها بالها فلا بد من حمل كلامه على الجواب لان الكنايه راجعة

اليها بخلاف ما لو قال لغيرها الكتابة بان قال اتزن الى اخر ما ذكرنا حيث لا يكون اقرارا لان الكلام
مستقل بنفسه فيحمل على الابتدا لانه حقيقته ومعنى قوله اتعد واتزن اي اتعد وتزانا للناس والتسبب
به فلا يؤدي بالدعوى الباطلة وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم ولا ازنها لك اليوم يكون اقرارا
لان نفي القضا والوزن في وقت بعينه لا يكون الا بعد وجوب اصل المال لانه لو لم يكن اصل المال
واجبا فالقضا لا يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تأكيد نفي القضا باليمين لانه في نفسه منتف
وقيل هذا من صوره كان نفي الشي واثباته يكون تصديقا لكلام المدعي فانه لو قال قضيتكها
يكون اقرارا وكذا لو قال اتزنها ولو قال اقضيكها اليوم او لا اتزنها لك اليوم يكون اقرارا
ايضا كما ذكرنا ولو قال اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم فقد اقر بالثوب والعبد له وكذا لو
قال افتح باب داري هذا او جصص داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرج بغلي او
لجام بغلي هذا فقال نعم يكون اقرارا ولو قال لا في جميع ذلك يكون اقرارا ايضا وفي بعض نسخ كتاب
الاقرار لا يكون اقرارا بذكر لا اما لو قال لا اعطيكها اليوم او ابدا فهو اقرار لانه ذكره بالكناية
فكانه قال لا اعطيك سرج بغلك اليوم او ابدا ولو صرح بهذا كان اقرارا فكذا في الكناية
قوله وكذا دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى
التملك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت قوله
لزمه الدين حالا وبه قال ابو الخطاب وبعض اصحاب الشافعي وقال الشافعي واحمد لزمه موجلا
لانه اقر بمال بصفة فيلزمه بالوصف الذي اقر كما لو اقر بدراهم زيوف او جياد او سود وقلنا
اقر بدين وادعى حقا لنفسه فلا يصدق كما لو اقر بعبد وادعى الاجارة بخلاف السود لان السواد
نوع فيها اذ الدراهم لا تطبع الا بنقش والاجل في الدين عارض لا يثبت الا بشرط والقول لمنكر
العارض قوله وقد مرت المسئلة في الكفالة اي في باب الضمان مع الفرق قوله
على مائة ودرهم وفي جامع قاضي خان وكذا لو قال ودرهمان كلها دراهم وبه قال احمد في روا
في المعدود وغيره لان العرب يكتفي بتفسير احدى الجملتين عن الاخرى قال تعالى ولبثوا في كهفهم ثلثمايه
سنين وازدادوا تسعا وقال تعالى عن اليمين وعن الشمال قعيد وبه قال الشافعي اي بالقياس وبه
قال ملك واحمد في رواية قوله وهذا اي كون العطف للبيان فيما يكثر استعماله وذلك اي
كثرة الوجوب بكثرة المعاملة في المقدرات كالموزونات والمكيلات لانها تثبت دينا في الذمة سلما وقرضا
وثمنا وكذا في جميع المعاملات بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانها لا يكثر وجوبها في الذمة
فان الثياب لا تثبت الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
في قوله لفلان على مائة وثوب او شاة ان الكل ثياب وشياه لما ان الغنم والثياب تقسم قسمة واحدة
بخلاف العبيد لانها لا تقسم قسمة واحدة وما تقسم قسمة واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة من وجه
فيمكن جعله تفسيرا للمبهم وكذا اذا قال مائة وثوبان يعني كقوله مائة وثوب بلا خلاف قوله
لما بينا اشارة الى قوله الثياب الى اخره قوله فانصرف اليهما اي الى العددين ولا يقال الاثواب
جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد كما في قوله تعالى ثلثمائة سنين وقيل يجوز
ان يوضع الجمع موضع المفرد كما يميز بالجمع في قوله بالاخسرين اعمالا قوله ومن اقر بتمر في قوصرة
الى اخره في المغرب القوصرة بالتشديد والتخفيف وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما يسمى ذلك
ما دام فيها التمر والا فهي زنبيل مبني على عرفهم والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة
اليا سماع في المبسوط الاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان الثاني ظرفا للاول وعا له لزماه نحو ثوب

في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصرة وان كان الثاني مما لا يكون وعا للاول
نحو غصبتك درهما في درهم لم يلزم الثاني لانه غير صالح للظرفية بخلاف قوله من قوصرة لان
كلمة من للانتزاع اي لابتدا الغاية فيكون اقرارا بان ابتدا الغصب من قوصرة واما كلمة على نحو ان
يقول غصبت اكافا على حمار وسرجا على فرس كان اقرارا بغصب الاكاف خاصة وبه قال الائمة الثلاثة
والحمار لبيان محل الغصب حين اخذه وغصب الشي لا يكون مقتضيا غصب المحل قوله وفسره
في الاصل اي المبسوط بقوله غصبت تمرا في قوصرة وبقولنا قال احمد في روايه وقال الشافعي
وملك واحمد في روايه يكون اقرارا بالمظروف لا بالظرف لان اقراره لم يتناول الظرف ويحتمل ان
يكون ظرفا للمقر فلم يلزمه وعن بعض فقها المدينة ان كان المقر به دابا لا يستغني عن ظرف دخل
الظرف في الاقرار وان كان جامدا لم يدخل وقلنا انه اقر بغصب التمر بوصف كونه مظروفا
وغصب الشي بوصف كونه مظروفا لا يتحقق بدون غصب الظرف لان الاقرار اخبار والاقرار بالغصب
اخبار عن تقلد اذ الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفا الا بنقل الظرف
فصار اقرارا بغصبهما ضرورة كذا في كتب اصحابنا وفيه نوع تامل قوله لزمته الدابة خاصة
وبه قالت الائمة الثلاثة وانما قال لزمته الدابة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا
الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة وابي يوسف في الدابة خاصة فانه ذكر
في المبسوط ولو قال غصبتك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد يكون
وعا للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب لا البيت في
قولهما اذ غصب العقار لا يوجب الضمان عندهما قوله لزمه الحلقة والفص ولا نعلم
فيه خلافا وكذا لو اقر بدار وارض لرجل دخل البنا والاشجار اذا كانا فيها حتى لو اقام المقر بينة بعد
ذلك ان البنا والاشجار لي وكذا لو قال الفص لي لم يصدق ولم تقبل بينته ولو قال هذا الخاتم وفصه
لك هذا السيف لي وحليته لك وهذه الجبة لي وبطانتها وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر وبعد
ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر يومر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر
فواجب على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيره • النصل حديد السيف الجفن غمد السيف
والحمايل جمع الحمالة بكسر الحا وهي علاقة السيف المحلاة من زين بالذباب والاسرة والعيدان برفع
النون جمع عود وهو الخشب كالديدان في جمع دود ولا نعلم خلافا في هذه المسايل قوله
لزماه جميعا والخلاف فيه كالخلاف في الاقرار بالتمر في قوصرة قوله لان النفيس من الثياب الى
اخره في المبسوط فاذا اصلح ظرفا كان بمنزلة قوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير
فيصير كانه قال عشرة اثواب في ثوب وقال ابو يوسف العشرة لا يكون وعا معناه ان الوعا غير
الموعى فكان كل ثوب يكون موعى في حق ما ورا فلا يكون وعا الا الثوب الذي هو ظاهر فاذا لم
يتحقق كون العشرة وعا للواحد كان اخر كلامه لغوا وحمله على التقديم والتاخير اشتغال بايجاب
المال في الذمة بالمحتمل وذا لا يجوز واما قوله ان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب منقوض
على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير انه يلزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب
حرير لا يجعل وعا للكرباس عادة قوله يريد الضرب والحساب لزمه خمسة وبه قال الشافعي
وكذا اذا لم يكن له نية يلزمه عشرة عندنا والشافعي وملك في روايه وقال الحسن بن زياد يلزمه خمسة
وعشرون ان اراد الضرب وبه قال احمد وملك في رواية وقال زفر يلزمه عشرون اذا الطول لان
حرف في بمعنى حرف مع قال تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي فيحمل على هذا تصحيحا لكلامه وقلنا

في للظرف حقيقه والدراهم لا يكون ظرفا واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى
مع كما ذكر وقد يكون بمعنى على قال تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اى على جذوع النخل وليس
احدهما من الاخر فيلزمه خمسه فتناول كلامه ولغى اخره وهو قوله في خمسة اما اذا قال اردت
مع خمسه يلزمه العشره بلا خلاف لتعين احد المجازين بالنيه وبه قال الشافعي واحمد ولم يذكر
في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد بفي معنى على ما حكمه عندنا ولكن ذكر في الذخيره يلزمه عشره
كما لو نوى الضرب وبه قال الشافعي ومالك **قوله** لزمه ستة عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي
في قول ومالك في روايه واحمد في وجه وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه العشره وبه قال الشافعي
في قول ومالك في روايه واحمد في وجه وقال زفر يلزمه ثمانيه وبه قال الشافعي في قول واحمد
في وجه ومالك في روايه في قوله ما بين درهم الى عشره وقد مرت المسايل والدلايل في الطلاق

فصل لما تغيرت مسايل الحمل ذكرها بفصل على حدة الا انه الحق مسايل
الخيار بها اتباعا للمبسوط ولو لحمل بمال وبين سببا صالحا صح الاقرار والا لا ولا نعلم فيه خلافا
ثم اذا جاءت من وقت الاقرار في مدة نعلم انه كان قايما وقت الاقرار كان المقر به له وذلك بطريقين
احدهما حقيقي بان وضعته لاقل من سته اشهر لكن المراة من وقت الاقرار والثاني حكمي بان وضعته
لاكثر من سته اشهر لكن المراة معتدة فثبت نسبته لاقل من سنتين ولو لم معتدة وجاءت به لاكثر من سته
اشهر لم يستحق شيا **قوله** فالمال بينهما اى ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا
والاخر انثى ففي الوصيه بينهما نصفين وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان الولد ميتا فالمال
للموصي وللمورث يقسم بين ورثته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك بطل اقراره لعدم مستحقه
قوله لانه مستحيل اذ البيع والاقراض لا يتصور حقيقته من الجنين وهو ظاهر وكذا حكما لانه
لا ولايه لاحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرفه فصار كلامه لغوا فلا يلزمه شي **فان قيل**
بيان السبب يكون رجوعا عن الاقرار جحده والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا **قلنا** بل هو
بيان سبب محتمل ولا رجوع اذ قد يشتبه على الجاهل فيظن ان الولايه تثبت على الجنين كالولد المنفصل
ويبني على ظنه وكان كلامه بيانا لا رجوعا فيقبل كذا في المبسوط **قوله** وان ابهم
الاقرار اى لم يبين السبب لم يصح عند ابي يوسف وقيل ابو حنيفه معه وبه قال الشافعي في قول
وقال محمد يصح وبه قال الشافعي في الاصح واحمد ومالك لان هذا اقرار صدر من اهله فيجب اعماله
فيحمل على السبب الصالح تصحيحا لكلام العاقل واعمالا للاقرار الذي هو من الحجج ولابي يوسف وجهان
احدهما ان الاقرار المطلق ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فصار كانه فسره به كما حمل اقرار العبد
الماذون واحد المتفاوضين عليه اى على الاقرار بسبب التجاره ولا يحمل اقرارهما على دين المهر وارش
الجنايه حتى لا يواخذ العبد في حال رقه ولا يواخذ الشريك الاخر به كذا في المبسوط والثاني ما ذكر
في الذخيرة وهو ان اقراره احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز
له وجهان الوصيه والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما اولى من الاخر فيحكم بالفساد كمن اشترى
عبدا بالف درهم وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري بعد اخر من البايع بالف وخمسمايه وقيمتهما
على السوا كان البيع في المشترا فاسدا وان احتمل الجواز لان الجواز جهتين بان يصرف اليه مثل الثمن او
اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما اولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد **قوله**
لان له اى لهذا الاقرار وجه صحيح بان اوصى رجل بالحمل لاخر ومات فاقر وارثه بان هذا الحمل لفلان
ولا وجه لتصحيح غيره فتعين طريق التصحيح فيصح وقال الشافعي ان اطلق لا يصح في قول نقله المزني عنه

ذي
قول يصح وهو الاصح وبه قال احمد ومالك ان تعين بوجوده عند الاقرار **قوله** ومن اقر بشرط
الخيار صورته ان اقر لرجل بدين من قرض او غصب او وديعة او عاريه قايمه او مستهلكه على انه بالخيار
ثلاثة ايام فالاقرار جايز لوجود الصيغه الملزمه وبطل الخيار لان الاقرار اخبار لا يدخل الخيار في الاخبار
لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا
يتغير باختياره وعدمه وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضايه ولا
نعلم فيه خلافا لان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط فكذا لا يحتمل الخيار اما لو اقر بدين من ثمن مبيع على ان فيه بالخيار فان قال ثبت الخيار
اذا صدقه صاحبه لان سببه يقبل الخيار وان كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لان مطلق البيع اللزوم والخيار
امر عارض فلا يثبت الا بحجه • ولو اقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة او قصيره
فان صدقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له الى اخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار
فيه فيحمل ما تصادقا كالمعاين في حقهما كذا في المبسوط ه

باب الاستثنا وما في معناه

لما ذكر حكم الاقرار شرع في بيان ما يتغير به موجبه وهو
الاستثنا **قوله** لا بد من الاتصال وهو قول الايمة الاربعه وفيه خلاف بعض العلما
وقد بين في الاصول مع دلايله وعن عبد الملك المالكي لا يصح الاستثنا وقد مر في الطلاق
في فصل الاستثنا ونقل عن مالك انه لا يصح الاستثنا في الاقرار ونقل عنه انه لا يصح استثنا الاحاد
من العشرات ولا المايتين من الالوف بل يصح استثنا الاحاد والعشرات من المايتين والالوف هكذا
نقله في تتمه اصحاب الشافعي واستثنا الاقل والاكثر يجوز وقال الفرا لا يجوز استثنا الاكثر من
الاقل وعن احمد مثله وفي الكافي وعن ابي يوسف ومالك مثله وفي الحليه وبه قال ابن درستويه النحوي
واحمد ولكن ما ذكر في الكافي من قول مالك لم يكن مشهورا عند اصحابه ولهم ان العرب لم يتكلم به وقلنا
هو تكلم بالباقي او اخراج وذا لا يتفاوت بين الاقل والاكثر وقد مر في الطلاق واستثنا الكل من الكل
لا يجوز بلا خلاف وذكر المصنف في زيادته هذا الاستثنى بعين ذلك اللفظ بان قال نسايي طوالق
الا نسايي اما لو قال نسايي طوالق الا عمره وزينب وفاطمه حتى لو اتى على الكل وكذا اذا قال نسايي
طوالق الا هو لا صح الاستثنا ولم يطلق واحدة منهن وذلك لان الاستثنا تصرف في اللفظ فيبنى
على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامراته انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح
الاستثنا حتى يطلق ثنتان وان كان الست لا صحه له من حيث الحكم وهذا لانه لما اخرج كل فرد فقد
اخرج بعض ما تناوله وان اتى على الكل **قوله** الا قيمه الدينار او القفيز وكذا لو قال الا
فلسا او شيا او اسمى مكيلا او موزونا او معدودا هو على هذا الخلاف وقال محمد لا يصح فيهما اى
في المقدرات وغيره وبه قال زفر الاستثنا في قول وبه قال مالك وفي قول يلغو تفسيره ويجب
ان بين ثوبا لا يستغرق قيمته المايه **قوله** ان الاستثنا ما لولاه الى اخره يعني الاستثنا يتصرف
في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت
الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس واطلاق الاستثنا على المنقطع بطريق المجاز والكلام مع
الشافعي بنا على الاختلاف في كيفيه عمل الاستثنا فعنده عمله بطريق المعارضه كدليل الخصوص في
العام كما بين في الاصول والعمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن ههنا المجانسة
واذا كان كذلك لا يصح الاستثنا الثوب ونحوه لان صدر الكلام لم يتناوله فلم يكن استثنا بل كلاما
مبتدا البيان انه ليس عليه شي من الثوب وعدم وجوب الثوب عليه لا ينافي وجوب الالف عليه

واحمد وقال الشافعي يصح
فيهما وبه قال مالك وبين
قيمه الثوب فان
استغرقت المايه
بطل
صح

والدنانير كذلك فيما اذا استثنى مكيلا او موزونا او معدودا من خلاف جنسه لان الصدر لم يتناوله
ولكن استحسن ابو حنيفة وابو يوسف وقالا المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة
لانها تثبت في الذمة ثمنا اما الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلي والوزني تبيع باعيانهما ثمنا وثمنا
حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما حكم الدينار ولهذا استوى الجيد
والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثنا استخراج وتكلم بالباقي
معنى لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعدديات المتقاربات كالمقدرات في ذلك اما الثوب
والشاة ونحوهما فليس من جنس المقدرات معنى لانه لم يصلح ثمنا فلم يكن استثناؤه استخراجا صورة ولا
معنى فكان باطلا **فان قيل** ان فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد ثبتت من حيث المالية فلم
لا يصح الاستخراج باعتبارها **قلنا** الاثمان مقدرة لمالية الاشيا لانها مقدرة فيصلح ان يكون
معدرة للدراهم المستثناة وكانه ذكر المقدر وترك المقدر له لان المقدر يدل على المقدر وكان
استثنا الدراهم من الدراهم معنى وما لا يصلح ثمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم
المستثناة لافتقار المقدر الى كونه مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثنا لانه
استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فبطل **قوله** او صافهما اثمان اي كونهما اثمانا
وواجبا في الذمة انما كان بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعينية حتى
لو عينهما تعلق العقد بعينهما فيكون بيع مقايضة ولا تجب في الذمة بخلاف الدراهم والدنانير فانهما
اثمان وواجبة في الذمة عينت او لا **قوله** ولهذا تجب بمطلق عقد المعاوضة احترز به عن السلم
فانه يجب في السلم **قوله** صح مقدرا بكسر الدال على صيغة الفاعل **قوله** فبقي الاستثنا
من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح اي الاستثنا فيجبر على البيان
ولا يمنع به صحة الاقرار لصحته بجهالة المقر به ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثنا لان جهالة المستثنى
تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا وفي الذخيرة اذا صح الاستثنا يطرح قدر قيمة المستثنى
عن المقر وان كان قيمة المستثنى تستغرق ما اقر به لا يلزمه شي ثم ما ذكر ان جهالة المستثنى تلزم جهالة
المقر به تخالف لما ذكر في الذخيرة تحالا الى المنتقى قال ابو حنيفة لو قال لفلان علي مائة درهم الا
قليلا فعليه احد وخمسون درهما وكذا في نظايرها نحو قوله الا شيا لان الاستثنا الشي استثنا
الاقل عرفا فاوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الاقل وعن ابي يوسف لو قال علي عشرة
الا بعضها فعليه اكثر من النصف ولو قال لفلان علي الف الا مائة او خمسين فقال ابو سليمان عليه
تسع مائة وخمسون لانه ذكر كلمة الشك في الاستثنا فيثبت اقلهما كما لو ذكر كلمة الشك في الاقرار
من الشيئين فانه يثبت اقلهما فكذا هذا وفي رواية ابي حفص يلزمه تسعمائة لان الشك في الاستثنا
يوجب الشك في الاقرار فكانه قال علي تسعمائة وخمسون فيثبت الاقل قالوا والاول اصح لان الشك حصل
في الاستثنا ظاهرا وعند الشافعي ومالك يصح استثنا المجهول كما يصح الاقرار بالمجهول وبه قال احمد
في رواية ويفسر المجهول كما في الاقرار واذا عينه وقيمته اكثر من المستثنى منه لا يصح الاستثنا كما في استثنا
الثوب الذي قيمته اكثر من المستثنى منه **قوله** ومن اقر بشي الى قوله ان شا الله الى اخره في المبسوط
هذا الاستثنا باطل في القياس لان ذكره بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاآت لا الاخبارات
وفي الاستحسان الاستثنا يخرج الكلام عن كونه عزيمة مثبتا لشي لا ان يكون في معنى الشرط قال تعالى
ستجدني ان شا الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبيا كالعهد من غيرهم فدل ان
الاستثنا يخرج الكلام عن كونه عزيمة قال عليه السلام من استثنا فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما

بكلام هو عزيمة فاذا كان مغيرا بشرط وصله اذ المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا
يملك ذلك في اقراره وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار حيث لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه
نفي لما اثبته وكان تناقضا منه والمناقض لا يصح موصولا ومفصولا اما هذا فبيان تغيير فيصح
موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط **قوله** ابطال او تعليق وانما ردد بين هذين
اللفظين لما ان في الاستثنا بمشية الله تعالى اختلاف قال محمد ابطال وقال ابو يوسف تعليق وقيل
الاختلاف على العكس وقد ذكرنا اختلاف العلما فيه مع فروعه في فصل الاستثنا في الطلاق **قوله**
لان الاقرار لا يحتمل التعليق لانه اخبار والاخبار لا يحتمل التعليق لان الخبر ان كان صادقا لا يصير
كاذبا بفوات الشرط وان كان كاذبا لا يصير صادقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا وانما
يليق التعليق بالايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس بايقاع كذا في المبسوط كما ذكرنا في الطلاق اي في
فصل الاستثنا **قوله** حتى لو كذبه يكون المال حالا لان اذا للوقت والوقت الذي ذكره آت
لا محالة اذ الموت ومجي راس الشهر ووقت الفطر آت لا محالة ولهذا قالوا المراد وقت الفطر لا
حقيقة الفطر ووقته آت لا محالة حتى لو عنى به حقيقة فعل الفطر ينبغي ان لا يصح اقراره وعند
الشافعي يجب المال موجلا وقد بيناه قبل **قوله** فللمقر له الدار والبنا وقالت الايمة
الثلاثة يصح استثنا البنا والفص والنخلة من الدار والخاتم والبستان لانه اخرج ما تناوله اللفظ
معنى كما لو قال الا ثلثها او ربعها او ثمانها وفي شرح الوجيز في وجه لا يصح استثنا البنا والفص
والنخلة من الدار والخاتم والبستان لان الاستثنا المعتاد هو الاستثنا عن الاعداد المطلقة فاما
المعينات فالاستثنا منها غير معهود لانه اذا اقر بالعين فقد نص على ثبوت الملك فيكون الاستثنا
بعده رجوعا فلا يصح والاول ظاهر المذهب وقد نص عليه في بعض الصور وقلنا البنا والفص
والنخلة يدخل تبعا والاستثنا انما يكون مما تناوله الكلام نصا لانه اخراج ما لولاه لكان الكلام
متناولا له واستثنا التوابع لا يصح لانه ثبت الحكم فيه بالتبعية والتبعية قائمة بعد الاستثنا بخلاف
ما لو قال الا ثلثها او ربعها وثمانها لانه دخل فيه لفظا اذ الدار تشمل البيت وغيره وكذا ثلثها
وربعها ولهذا لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ذكره في الذخيرة فهو كما قال ولا
خلاف فيه **قوله** مكان العرصة ارضا بان قال الارض لفلان والبنا لي حيث يكون البنا للمقر
له مع الارض خلافا للايمة الثلاثة اما لو قال البنا لفلان والارض لاخر فهو كما قال والفرق ان
الاقرار بالارض اقرار بالبنا فكان قوله البنا لاخر رجوعا فلا يصح اما لو قدم البنا بان قال البنا لفلان
فاقراره بالبنا وقع معتبرا واستحقه فلان فاقراره بالارض بعد ذلك هب انه اقرار بالبنا ايضا الا
ان البنا بعد ما صار مستحقا لغيره لا يصح رجوعه فوضح الفرق كذا في المبسوط **قوله** كالثابت معاينة
فلو عينا انه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا ههنا **قوله** لاقراره
به اي بالمال ولا يبالي باختلاف السبب لان الاسباب مطلوبة باحكامها لا باعيانها فلا يعتبر التكاذب
في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال **قوله** وحكمه ان لا يلزم المقر اي حكم الوجه الثاني
ان لا يلزم المقر شي لانه اقر بالمال اذا سلم له العبد ولم يسلم له العبد **قوله** ولو قال اي المقر
له مع ذلك اي مع انكاره العبد المقر به ما بعتك انما بعتك غيره فحكمه ان يتحالفا لان كل واحد
مدع ومنكر فاذا تحالفا بطل المال اي عن المقر والعبد سالم لمن في يده **قوله** لانه رجوع
اي قوله ما قبضت رجوع عن الاقرار والرجوع عنه باطل موصولا كان او مفصولا وفي المبسوط وصورة
المسالة في المتاع فقال علي الف من ثمن متاع لم اقبضه وهذا لانه اقر بوجوب المال عليه نظرا الى

قوله على انها للالزام حقيقة وبعد ذلك اذكاره القبض في المجهول ينافي الوجوب لان ثمن عبد غير
معين لا يكون واجبا على المشتري الا بعد القبض ولا يكون بعينه في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول
اليه فانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غيره وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار
المبيع فعلم انه في حكم المستهلك وكانه اقر بالقبض ثم رجع عنه وفي الذخيرة قوله لم اقبضه تاخير
المطالبة الى الابد لما ان المطالبة باحضار المبيع وفي المجهول لم يتصور كما ذكرنا وكان كما اذا اقر
بالف من ثمن مبيع الى شهر فلم يصدق فكذا هذا بخلاف ما اذا عين المتاع فانه اقر بالوجوب
ولم يدع ما يوجب تاخير المطالبة لان المبيع اذا كان حاضرا طالب المشتري باداء الثمن ولا ثم يقبض
المبيع فلم يكن قوله ولم اقبضه دعوى تاخير المطالبة فيصدق وصل ام فصل **قوله** وقال
ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء كما في المعين وبه قال الائمة الثلاثة اما لو قال
اقرضني القائم قال لم اقبضها لا يقبل قوله عندنا خلافا للائمة الثلاثة **قوله** وان اقر
انه باعه متاعا يعني بعد اذكاره من ثمن عبد فاقر بانه باعه متاعا فالقول للمقر وصل ام
فصل وبه قالت الائمة الثلاثة وفي الذخيرة ولو صدقه المقر له في الجهة بان قال لي عليك
الف من ثمن متاع بعته وقبضته مني وقال المقر لم اقبضه مفصولا كان ابو يوسف اولا لا يصدق
كما لو كذبه في الجهة ثم رجع وقال يصدق وصل ام فصل وبه قال محمد لان قوله لم اقبض منك
صدق المقر له في الجهة بان مجمل فيصدق وكما لو قال على الف من ثمن هذا المتاع الذي في يدك
الا اني لم اقبض وانما قلنا انه بيان مجمل لان البيع يجب بصادقهما وبقي امر القبض مجملا الا انه لم
يقر بالقبض لا نصا ولا دلالة وهو ظاهر ولا اقتضاء ايضا لان وجوب الالف ليس من ضرورته القبض
اذ الثمن يجب بنفس العقد بلا قبض فلما لم يكن قابضا لا نصا ولا اقتضاء بقي امر مجملا فيصدق في
بيانه وصل ام فصل **قوله** فان وافقه الطالب اي صدق المقر له المقر في الجهة وهو
البيع وبه اي بالبيع المجرد لا يتاكد الوجوب اي وجوب الثمن على المشتري او وجوب الثمن عليه قبل
قبض المبيع متزلزل لانه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن ثم المقر له يدعي قبض الثمن والمقر ينكره
وكان القول للمنكر مع اليمين للوجوب مطلقا لان مقتضى اول الكلام ان يكون مطالبا بالمال
في الحال رجوعا الى كلمة على واخره اي اخر الكلام يحتمل انتفاءه اي انتفاء الوجوب يعني يحتمل
ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وكان بيانه مغيرا لظاهر الكلام الى الاحتمال فيصح
موصولا لا مفصولا فالقول قوله بالاجماع وبه قالت الائمة الثلاثة لانه لم يقر على نفسه
بالوجوب لا نصا وهو ظاهر فانه لم يقل علي ولا بمقتضى اقراره بالشراء اذ ليس من ضرورة
الشراء وجوب الثمن فان الشراء بشرط الخيار للمشتري لا يوجب الثمن عليه في الحال **قوله**
من ثمن خمر او خنزير وكذا لو قال من ثمن حر او دم فلو صدقه الطالب في ذلك لم يلزمه شيء
بالاجماع العلماء ولو قال مفصولا لا يصدق ويلزمه المال عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي في
الاصح واحمد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي في قول واختاره المزني وابو اسحق ومالك لا
يلزمه شيء لان الكل كلام واحد فيعتبر اخره وتبين باخره انه ما اراد به الايجاب بل اراد به
الابطال فصار كما لو قال في اخر كلامه ان شاء الله وذلك لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة
فانهم يعتادون شرا الخمر واداء ثمنها فكان اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا ولنا ان اول كلامه
يدل على الوجوب رجوعا الى كلمة علي و **قوله** من ثمن خمر او خنزير رجوع عنه اذ ثمن الخمر
والخنزير لا يجب على المسلم فكان رجوعا عن الاقرار فلا يصح وصل ام فصل بخلاف قوله ان شاء الله فانه

تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا وعند مالك والشافعي
في قول **قوله** ان شاء الله لا يغير اول كلامه لعدم صحته عندهما وفي المبسوط والذخيرة لو
قال له علي الف حرام او ربا يلزمه الالف لان الحرام عنده لعله يكون حلالا عند غيره ولعل الربا
عنده ليس بربا عند غيره ولو قال علي الف زورا او باطلا ان صدقه فلان فلا شيء عليه وان كذبه
فعليه الالف والاقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل **قوله** وهذا اي قوله ان شاء الله
ابطال ورجوع والرجوع بعد الاقرار لا يصح وفي اصول شمس الائمة قوله ان شاء الله صيغة
التعليق والارسال والتعليق متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا الرجوع
ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمنع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وقالا اي
ابو يوسف ومحمد يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق وبه قال الشافعي واحمد **قوله**
وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص يعني لا يصدق وصل ام فصل عند ابي حنيفة
وعندهما يصدق ان وصل وفي جامع قاضي خان عن ابي يوسف فيه روايتان في رواية مع ابي
حنيفة وفي رواية مع محمد **قوله** الف درهم زيوف بالجر ويجري الصفة على المعدود دون
العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان **قوله** يحمل الزيوف بحقيقته لانها من جنس الدراهم
حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا والستوقة بمجازه اذ الستوقة
تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا **قوله**
الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدرهم ينصرف الى الجياد بالعرف لان بياعات الناس تكون
بالجياد عادة فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه فصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة
ونقد بلدهم وزن سبعة فيصدق ان وصل **فان قيل** استثناء الوصف لا يصح بالاجماع
فكيف صح هاهنا استثناء الزيافة **قلنا** صححنا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة
عين لا وصف فان قوله علي الف من ثمن متاع الا انها زيوف بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا
ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي ان يصح
فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية اليه اشار في الاسرار والفوائد
الظهيرية **قوله** ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اذ مطلق العقد يقتضي السلامة عن
العيب فتكون السلامة عن العيب مستحقا بالعقد فاذا قال انها زيوف فقد اراد ابطال بعض ما هو
مستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وفي الاسرار وغيره وحاصل الاختلاف راجع الى ان الزيوف
يدخل في مطلق اسم الدراهم ام لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فلم يدخله تحت مطلق اسم الدراهم
حتى كان دعوى الزيافة رجوعا وهما ادخلاها على سبيل التوقف حتى دعوى الزيافة تعدد مطلق
الدراهم بيان تغيير كالشرط والاستثناء و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب **قوله** بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فانه استثناء
الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف لان الصفة مما لم
يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى وانما ثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة **قوله**
لان الرداءة نوع لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة والحنطة قد تكون ردية في اصل
الخلقة ولهذا لا يصح شرا الحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول
كلامه فيصح وصل ام فصل اذ مطلق العقد لا يقتضي نوعا دون نوع فلا يستحق نوع بمطلق العقد بخلاف
الزيافة فانها عيب ومطلق العقد يقتضي السلامة عنها **قوله** لان القرض يوجب مثل المقبوض

فانه يتم بالقبض فاشبه الغصب اذ كل منهما يوجب الضمان بالقبض **قوله** ان التعامل بالجياد والاستقراض متعامل بين الناس كالبيع وذلك يكون بالجياد **قوله** يصدق بالاجماع يعني اذا وصل لان صفة الجودة انما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح به لم تصر صفة الجودة مستحقة عليه وقيل لا يصدق اي عند ابي حنيفة وصل ام فصل لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالزام بطريق التجارة لكونها مشروعة الى الاستهلاك والغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة وعند زفر يبطل اقراره اذا قال المقر له هي جياد لانه رد اقراره بالزيوف وادعى عليه الجياد وهو ينكر ولنا انهما تصادقا على الاصل **قوله** ولو قال اغتصبت الى قوله وصل ام فصل وقال الشافعي واحمد اذا اقر بمال غصبا او وديعة ثم قال مفصولا هي زيوف او نبهرجة لم يصدق وهو رواية عن ابي يوسف في الغصب **قوله** كان القول له اي لراد المغصوب لان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا **قوله** اعتبارا اما القرض اذ المستقرض والمغصوب مضمونان بالغصب **قوله** لان الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز التجوز بها في الصرف والسلم ولكن اسم الدراهم هنا ولها مجازا فكان تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا **قوله** في هذا كله اي في البيع والقرض والغصب ثم قال الا انها تنقص كذا بان قال على الف درهم الا انها وزن خمسة او ستة فانه يصح اذا وصل لانه استثنا المقدار فيصح موصولا اذ اللفظ يتناول المقدار دون الزيافة لانه وصف فلا استثنا وله اللفظ والاستثنا تصرف في الملفوظ لا في غيره **قوله** ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او اخذ السعال وما اشبه ذلك وعن ابي يوسف انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى وبه قالت الايمة الثلاثة لان الانسان قد يحتاج ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثنا في اخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك في نفس واحد فكان عفوا ذكره قاضي خان وغيره **قوله** فهو ضامن اي المقر ضامن والقول للمقر له مع يمينه لان المقر اقر بالاخذ الموجب للضمان ثم ادعى ما يوجب البراءة منه وهو الاذن بالاخذ والمقر له ينكر الاخذ بالاذن فكان القول له مع يمينه الا ان ينكل المقر له عن يمينه وعند محمد لا ضمان على المقر وبه قال القفال من اصحاب الشافعي وقال الشافعي القول قول المقر مع يمينه لعدم تبعيض الاقرار وهو ظاهر مذهب احمد ومالك وفي شرح الوجيز وهو ظاهر المذهب لا يخفى وفيما قاله القفال قول بتبعيض الاقرار **قوله** اقر بسبب الضمان لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وهذا تناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل **قوله** وديعة رجوع عما اقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق بلا بينة كدعوى المشتري تاجيل الثمن بعد ما اقر به **فان قيل** ينبغي ان يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على الف وديعة **قلنا** صدر الكلام هنا يوجب الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة فكان قوله وديعة دعوى مبتداة لا بيان ما احتمله صدر الكلام فاما قوله لفلان على الف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فكان قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** والقبض في هذا اي في الاقرار كالاخذ بان قال قبضت منك الفا وديعة والدفع كالاعطاء يعني لو قال دفعت الي قوله اعطيتني **قوله** فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت بالضرورة عدم في غير موضعها وقال الاخر لا بل قرضا وهكذا اسا في البيع مكان القرض يكون القول للمقر اي مع يمينه بلا اختلاف **قوله** لانه اي المقر اقر باليد لفلان واقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على الماخوذ منه و**قوله** وديعة لي دعوى الاستحقاق عليه وهو ينكر فالقول للمنكر بلا اختلاف **قوله** فالقول له اي قول المقر يعني

اذا كذبه فلان وقال هو لي وقالا اي ابو يوسف ومحمد القول للذي اخذ منه الدابة والثوب والدار للمقر فقال اعرته فلانا ونحوه فالقول للمقر بالاجماع **قوله** هو على هذا الاختلاف في الصحيح واحترز به عن قول بعضهم فانهم قالوا القول في هذا قول المقر بالاجماع ويقولون ذلك دليلا لابي حنيفة ولكن مشايخنا قالوا هو على الاختلاف ايضا اليه اشير في المبسوط **قوله** ما سماه في الوديعة وهو قوله ان المقر اقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة **قوله** في كيفيته لانه اقر فيما في يده بانه كان اليد لغيره فصار قوله كما لو كان في يده عبد فقال هذا عبدي بعته من فلان ولم اسلمه اليه بعد فقال المقر له بل عبدي لم اشتره **قوله** وقد يكون من غير صنعه بان هبت الريح والقته في داره وكاللقطة امانة ووديعة في يده وان لم يدفعها اليه صاحبها ولذا المودع اذا مات تصير الوديعة في يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها **قوله** وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ هذا احتراز عن قول الامام علي القمي فانه ذكر في الفرق انه في مسئلة الوديعة قال اخذتها منه فلزمه جزاؤه وهو الاخذ الرد وهنا قال زرعها على فاسرقا لا ميراثها في الوضع كذا في جامع المحبوبي وهذا ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في موضع الاجر وهو الاجارة والعارية وهما الاسكان والاعارة وذكر الامام قاضي خان وجها اخر ما ذكره في الكتاب وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا المؤجر والمعير باقرارهما يمتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يواخذ باقرارهما استحسانا كيلا ينقطع الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع **قوله** حيث يكون القول قوله اي قول المقر له مع يمينه لان الديون تقضى بامثالها بقبض مضمون فكان مقرا بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبريه وهو المقاصة والاخر ينكر فكان القول للمنكر وهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة ونحوها فوضح الفرق وروى ابو يوسف عن ابن ابي ليلى انه قال لا شيء على المقر لانه ما اقر بشيء على نفسه بل اقر بوصول حقه اليه وذلك غير ملزم عليه شيئا وقلنا الاقتضاء عبارة عن قبض مال مضمون من ملك الغير لان الديون تقضى بامثالها فكان مقرا بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبريه عنه وهو المقاصة والاخر ينكر كما ذكرنا ذكره في المبسوط **قوله** فادعاها فلان وهو المقر له وقال انها لي فالقول للمقر لظهور يده في الحال ولم يعترف بانه كان في يد الغير من قبل وانما اقر بمجرد فعله فيه وذا لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين في يد صاحبها واحترز بقوله وانما اقر بمجرد الفعل عما لو اقر ان فلانا ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى سبب اليد للساكن على المسكن فكان اقرارا باليد للغير مع الفعل واقراره حجة عليه وما سبب باقراره كالمعاين في حقه ذكره في المبسوط

باب اقرار المريض

لما فرغ من اقرار الصحيح شرع في اقرار المريض لان المرض عارض وافرده بباب لاختصاصه باحكام وقدموا في الطلاق تفسير مرض الموت اتفق اكثر اهل العلم ان اقرار المريض مرض الموت بالدين لغير الوارث صحيح وعن اصحاب احمد في رواية لا يصح لان اقراره في مرضه اشبه الاقرار لوارث وفي رواية لا يصح بالزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطيته ذلك للاجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث وللعامة انه غير متهم في اقراره فصح منه كالاقرار في الصحة بل اولى لان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وابراء ذمته وتحري الصدق فكان اولى بالقبول **قوله** ودين الصحة الى اخره قال القاضي الحنبلي قياس مذهب احمد ان دين الصحة اولى اذا ضاق ماله عنهما وهو قولنا وبه قال النخعي والثوري وقال

الشافعي كلاهما سواء وبه قال مالك والحرمي والتيمي من اصحاب احمد وابو ثور وابو عبيد وذكر
ابو عبيد انه مذهب اهل المدينة قوله والديون المعروفة الاسباب صورته استقرض مالا
في مرضه او اشترى او استاجر بمعاينة الشهود او تزوج بمعاينة الشهود قوله الصادر عن
عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لانهما يمنعان عن الكذب في الاخبار وهذا المعنى لا يختلف في
المرض والصحة بل بالمرض يزداد جهة الصدق ولان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في
الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة اكثر فكان جهة قبول الاقرار اوفر واذا استويا وجوبا
استويا استيفاء كما لو اشترى او تزوج بمهر المثل او استاجر او استقرض بمعاينة الشهود قوله
اذا كان فيه اي في الاقرار ابطال حق الغير كما لو رهن او اجر شيئا ثم اقر انه لغيره لا ينفذ اقراره في
حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك لتعلق دين الصحة بماله وصار بمنزلة
المحجور في حق غرماء الصحة فلا ينفذ تصرفه في حقهم فلا يستوي السببان قوله ولهذا يمنع
من التبرع جواب عما قال الشافعي باستواء حالة المرض والصحة يعني لو كان كذلك ينبغي ان لا يمنع
من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فيما لم يستغرق الديون جميع ماله او لم يكن
عليه دين وفي حق الثلث يمنع ايضا اذا استغرق الدين جميع ماله فان قيل اقرار المريض
بالوارث صحيح مع انه يبطل به حق ساير الورثة قلنا استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت
جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو رجع شهود النسب بعد
الموت والمشهود له المال لم يضمنوا شيئا فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار اليه اشار في الاسرار
والمبسوط قوله لانه اي النكاح من الحوايج الاصلية لان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل
الا النكاح والمريض غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوايج الاصلية وان كان ثم دين كما لو صرف الى ثمن الادوية
والاغذية فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نساء وجواري او هو شيخ
كبير لا يولد له عادة او المراة ايسة ينبغي ان لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوايج الاصلية
قلنا النكاح في اصل الوضع من الحوايج والعبرة للاصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يتوقف
عليها لبني الامر عليها اليه اشار في الاسرار قوله لا بالصورة اذ ما وصل اليه بمقابلته مال
تعلق به حق الغرماء فلم يكن في تصرفه ابطال حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله قوله
وفي مال الصحة الى اخره جواب عن سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يصح اقراره في الصحة بالدين
اذا كان عليه دين لما ان الدين يتعلق بماله يقال يتعلق في حال الصحة بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير فلم يقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب
اذ المريض عاجز عن الكسب فتعين ماله محلا لحق الغرماء قوله وحالتا المرض الى اخره جواب
سوال وهو ان يقال ينبغي اذا اقر في حالة المرض ثانيا ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول كما لا يصح اقراره
في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله فاجاب عنه بقوله وحالتا اي حالة اول المرض وحالة اخر
المرض بعد ان يتصل بها الموت حالة واحدة في حق الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كما ان حالة الصحة
حالة واحدة ويعتبر الاقراران جميعا قوله لما بينا اشارة الى قوله انه من الحوايج الاصلية
وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها واما قوله فان يرجح جهة الصدق فعلنا هذا في حق من لم يرجح امر دينه
على هواه وههنا ليس كذلك لانه باقراره اثر من يهوى على من هو المستحق لماله لما تعلقت التهمة بالسبب
الداعي الى الوصية وصلة الناس بماله وهو مرض الموت ● ولو اقر بعين لاجنبي بيده لم يصح في حق
غرماء الصحة وعند الشافعي ومالك واحمد في رواية يصح كما في الدين وكذا لو عند هم له ان

يقضي دين بعض الغرماء دون البعض بنا على اصلهم ان سبب المرض لا يلحقه الحجر في كل رقبة فكان
المرض والصحة سواء قوله الا اذا استقرض الى اخره استثنا من قوله لا يجوز ان يقضي دين بعض
الغرماء الى اخره وذلك لان هذا ليس بايثار ولا ابطال حق الغرماء لانه حصل له مثل ما نقد وحق الغرماء
بمعنى التركة بالصورة فاذا حصل له مثله معنى لم يعد ذلك تفويتا ذكره في الايضاح وفي المبسوط
اراد لو رد ما استقرض بعينه او فسخ البيع ورد المبيع بعيب لا يمنع ذلك وكذا اذا رد بدله لان حكم
البدل حكم المبدل فكان في ذلك تحويل حقهم من محل الى محل وله ولاية النقل هكذا ذكر في الذخيرة
قوله لان الاقرار صحيح في ذاته لصدوره عن اهله في محله اذ كلام العاقل البالغ محمول على
الصحة ولكن لم يعمل في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به فاذا لم يبق حقهم زال المانع فيقبل ولهذا
اذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره بكل ماله لانه لا يودي الى ابطال حق الغير والمقر له
اولى من الورثة لتاخر الارث والوصية عن الدين والقياس ان لا يجوز الا في الثلث كما نقل عن اصحاب
احمد لان الشرع قصر تصرفه في الثلث وانما ترك القياس باثر عن عمر فانه قال اذا اقر المريض جاز
ذلك عليه في جميع تركته ولان حق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته الاصلية وقضا
الدين من الحوايج الاصلية لان رفع الحايل بينه وبين الجنة قال عليه الصلاة والسلام الدين حايل بينه
وبين الجنة الا ترى انه يقدم على التجهيز والتكفين على الارث قوله ولو اقر لوارثه الى اخره وبقولنا
قال احمد وشريح والنخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابو هشام والشافعي في قول وقال
الشافعي في الاصح يعمل اقراره وبه قال ابو ثور وعطا والحسن وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل
ان اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم ان يزيد في نصيبه ويتهم
ان يتهم في نصيبها واختاره الروياني من اصحاب الشافعي لفساد الزمان وقال مالك لو اقر لاجنبي
لا يصح في رواية اذا كان متهما بان كان الاجنبي صديقا له ملاطفا والمقر يورث كلالة قوله
لانه اي الاقرار اظهار حق ثابت يعني اخبار عن حق لازم عليه وحال المريض ادل على الصدق ولانه حال
تدارك الحقوق فصار كحال الصحة بل اولى فلا يثبت الحجر عن الاقرار به قوله لوارث احترفان
كل واحد من الاقرارين يصح للوارث المعروف وبوديعة مستهلكة اي باستهلاك وديعة معروفة
للوارث فانه صحيح قوله والاقرار بالدين وفي المبسوط هذه الزيادة شاذة والمشهور لا وصية
لوارث والمشهور عن ابن عمر انه قال اذا اقر المريض لغير وارث جاز ذلك وان احاط بماله وان اقر لوارث
فهو باطل الا ان يصدقه بقية الورثة وبه اخذ علماونا لان قول واحد من فقهاء الصحابة مقدم على
القياس عندنا ولانه اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى او وهبه
وهذا معنى قول الشيخ ولانه تعلق حق الورثة الى اخره فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد
الفراغ من حاجته فاذا اقر لبعض الورثة ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض يزداد
جهة الصدق ولان الباعث الشرعية ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث
ايصال النفع به من حيث الظاهر وبه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو
متهم فيه لجوازانه اراد به الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فيتوقف صحته على رضا
الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه
بطريق الوصية ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر في حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة
معه في الصحة اذ لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه بخلاف الوارث لان المعاملة معه
نادرة بالنسبة الى الاجانب وبخلاف الاقرار لوارث اخر لحاجته الى اتفاقه فلا يتحجر عنه لحق الوارث

كالاصحر عن الانفاق لبقا نفسه وهدا معنى قول الشيخ ولان حاله المرض حاله الاستغنا الى
الى اخره وانما قال حاله المرض حاله استغنايه لظهور اثار الموت والظاهر ان الانسان لا يحتاج
الى ماله لظهور انتهاء امله **فان قيل** لو اقر لامراته بمهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها
وخاص غرما الصحه **قلنا** لا تهمه في اقراره لوجوب قدر المثل بالنكاح لا باقراره ولهذا
يحمل عند المنازعة القول قولها الى قدر مهر مثلها اما لو اقر بالزيادة على قدر مهر المثل
بطلت الزيادة للتهمة فيها ولهذا لو اقرت المراة في مرضها بقبض مهرها من زوجها لا تصدق
لانه اقرار باستيفا الدين من وارثها واقرار المريض باستيفا الدين من وارثه باطل واما
الجواب عن الاقرار باستهلاك وديعه معروفه انه لو لم يعتبر اقراره يصير انه مات مجهلا
فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان الوديعة لكونها معينة للوارث يندفع التهمه لانه
لا تهمه في المعاينه ذكره في الجامع الكبير واما ما ذكره ملك لا يصح لان التهمه لا يمكن اعتبارها
نفسها لانها مخفيه فوا اعتبار مظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما
قوله لما بينا وهو ان قضا الدين من الحوايج الاصليه **قوله** لما صح اقراره في
الثلث لانتفا التهمة عن اقراره في ذلك القدر لان ذلك القدر لم يتعلق به حق الورثة
فيصح في ثلث ما بقي لان الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل هكذا ذكره في الايضاح
فان قيل على هذا التعليل ينبغي ان يجوز وصيته بجميع المال اذا لم يكن عليه دين
بهذا الطريق لان المريض له حق التصرف في الثلث بدون اجازة الورثه فلما صح تصرفه في
الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لما ان جميع المال بعد اخراج الثلث كانه من الابتدا
فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ثم وثم الى ان ياتي على الكل **قلنا** الوصيه تبرع محض ابتدا
وتبرعه مقصور على الثلث اما الاقرار اخبار عن دين لازم في نفسه وانما جعل تبرعا في
حق غرما الصحه لئلا يبطل حقهم ولما كان اخبارا فالظاهر من حال العاقل انه لا يكذب على نفسه
خصوصا في حال المرض فيثبت الدين والثلث يعتبر بعد الدين ولا كذلك في الوصيه اليه
اشار في الاسرار **قوله** ثبت نسبه وبطل اقراره وبه قال احمد والشافعي في قول
لا يصح اقراره للوارث **قوله** ثم تزوجها اي الاجنبيه لم يبطل اقراره وبه قال احمد في
الاصح والشافعي في القديم وملك واختاره الروياني وابو اسحق من اصحابه وقال في الجديد
وهو الاظهر من مذهبه واحمد في روايه يبطل اقراره لان اعتبار كونه وارثا حال الموت لا
حال الاقرار كالوصيه ولنا الفرق المذكور في الكتاب **وحاصل** جنس هذه المسايل
على خمسه اوجه ● اما ان كان المقر له وارثا بطريق الاستمرار ● او كان وارثا وقت الاقرار
دون الموت ● او على العكس ● او كان وارثا وقت الاقرار والموت لا فيما بينهما ● ففي الوجه
الاول يبطل الاقرار بلا خلاف ● وفي الوجه الثاني لا يبطل بلا خلاف ● وفي الوجه الثالث
وهو ما اذا كان وارثا وقت الاقرار بان اقر لاخيه ثم ولد للمريض ابن او كان ابنه رقيقا او
كافرا ثم اسلم او اعتق عند الموت فصار الابن هو الوارث لا الاخ جاز اقراره لان المانع من
صحته كون المقر له وارثا والوراثه تثبت عند الموت وكان هو كالاجنبي وقت الارث ● وفي
الوجه الرابع وهو ان لا يكون وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا عند الموت بان اقر لاخيه وله
ابن ثم مات ابنه قبل اخيه حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا وبه قال احمد والشافعي في
الاصح وقال زفر اقراره له وبه قال ملك والشافعي في القديم لان اقراره بغير تهمة موجب

الحق وقد حصل لمن له غير وارث فيصح ولا يبطل لصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو اقر في
صحته ثم مرض وكما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها وقلنا انه وارث وقت الاقرار لوجود القرابة
عنده الا انه لم يستحق المال لوجود الاقرب منه بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت
وارثه بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه ● وبخلاف ما لو اقر في الصحة ثم
مرض لان المرض حادث بعد الاقرار فالحجر بسببه لا يستند الى وقت الاقرار ● وفي الوجه
الخامس وهو ان يكون وارثا وقت الاقرار والموت فيما بينهما بان اقر لامراته ثم ابانها وانقضت
عدتها ثم تزوجها ثم مات من مرضه يبطل اقراره في قول ابي يوسف وبه قال الشافعي في
الاظهر وملك واحمد ولا يبطل اقراره عند محمد وهو القياس لانها انما ورثت بسبب حادث
بعد الاقرار فلا يورث ذلك في ابطال الاقرار كما لو اقر المريض ثم صح ثم مرض ثم مات ولابي
يوسف ان الاقرار حصل للوارث وتمت له هذه الصفة عند الموت فكان باطلا كما لو لم
يطلقها وهذا لان اقراره له انما لا يصح لتمكن تهمة الايثار بسبب الوراثه وهو موجود وقت
الاقرار ووقت الموت والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرر صفة الوراثه عند الاقرار
لان بعد الاقرار غير متقرره ثم فسخ الاقرار مطلقا له كذا في المبسوط **فصل**
قدم الاقرار بالمال لكثرة وجوده وعقبه بالاقرار بالنسب لقلة وجوده **قوله** وصدقه
الغلام اي فيما اذا كان الغلام يعبر عن نفسه اما اذا لم يكن يعبر عن نفسه ثبت نسبه
بدون تصديقه وعند الشافعي واحمد لا يعتبر تصديقه وتكذيبه اذا لم يكن مكلفا كالصغير
والمجنون عبر عن نفسه او لا في الكبير يشترط تصديقه وقال ملك لا يشترط تصديقه اذا لم
يكذبه الحس او الشرع سواء كان كبيرا او صغيرا ولو كذبه الحس بان يكون لا يولد مثله لمثله
لا يثبت نسبه بلا خلاف وقال ملك لو كذبه العرف بان يستفيض الناس انه ليس بولده كما اذا
كان الغلام سندي والرجل فارسي لا يثبت نسبه ولا يكون الغلام حرا ذكره في الجواهر وقلنا
اذا لم يكن نسبه معروفا ويولد مثله لمثله يثبت نسبه وان كذبه العرف لان النسب مما يحتاط
في اثباته ففي كل صوره يمكن اثباته ثبت وفي هذه الصورة يمكن فيثبت ولو اقر بنسب صغير
ميت لا يثبت نسبه عندنا وملك وقال الشافعي واحمد يثبت ولو كان معروف النسب من غيره
لا يثبت نسبه منه ايضا بلا خلاف لانه عليه السلام لعن من انتسب الى غير ابيه **قوله**
لان النسب مما يلزمه خاصة اي ليس فيه حمل النسب على الغير بل هو حق يلزمه خاصة فيقبل
اقراره كذا في شرح الاقطع **قوله** وقد مر من قبل في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى
في قوله وان كان الصبي في ايديهما فان المراد منه ان كان صبيا لا يعبر عن نفسه اما اذا كان
فالتعيين اليه لانه حينيذ كان في يد نفسه فلا يقبل اقرار غيره عليه **قوله** ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين والولد بالشرايط التي قلنا فانه ذكر في شرح فرايض السراجي لمصنفه الاقرار
على ضربين احدهما يجوز ويثبت النسب كالاقرار بمجهول نسب يولد مثله لمثله ويصدقه
اذا كان بالغا او اذا لم يكن كذلك لا يصح اقراره وكذا لو اقر بالوالدين يصح بشرط ان يولد المقر
منهما بشرط ان لا يكون للمقر نسب معروف من غيرهما وبشرط ان يصدقه الاب والام اذا
كانا عاقلين وفي هذا اجماع لا خلاف فيه وكذلك المراه اذا اقرت بالوالدين يصح بهذا الشرط
وفي النهايه ما ذكر ههنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لروايه التحفة
وروايه شرح فرايض السراجي لمصنفه ويخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع

وغيرها والله اعلم بصحته **قوله** والزوجة والمولى اى اقراره بالمراة يصح اذا
صدقته المراة وكانت خالية من الزوج وعدته ولم يكن تحته اختها او اربع سواها
واراد المولى مولى العتاقة سوا اراد المعتق على صيغة الفاعل او المعتق على صيغة المفعول فان
الاقرار لكل واحد صحيح اذا صدقه المقر له ولا يكون ولاؤه ثابتا من غيره لان الولا كالنسب وثبوت
النسب من الغير يمنع صحة الاقرار به فكذا الولا اليه اشار في الذخيرة لما بينا وهو ان موجب
الاقرار ثبت فيما بينهما لتصادقهما وليس فيه تحميل النسب على الغير وبشرط ان يكون خالية
عن الزوج وعدته ولا يكون تحت المقر له بالزوجية اختها واربع سواها **قوله** تفصيلا
في كتاب الدعوى بعد ذكر فيه اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت المراة ذات زوج اما
اذا لم يكن منكوحة او معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها • تفصيل اخر وهو ان شهادة القابلة انما تشترط اذا ادعت نسب الولد من
من زوجها وزوجها ينكر اما لو ادعت وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد القابلة
بذلك **قوله** ولا بد من تصديق هولا لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ
الاقرار على تصديقهم **قوله** وكذا تصديق الزوجة بعد اقرار الرجل بانها زوجته ثم مات
صدقته المراة بعد موته جاز تصديقها بالاتفاق حتى يكون لها المهر والارث لان حكم النكاح
وهو العدة باق بعد الموت ولهذا تغسله بعد الموت اما في العكس وهو ان اقرت
بنكاح رجل وماتت فصدقها الزوج فلم يصح في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يصح تصديقه
بعد موتها وعليه مهرها وله الميراث منها لان الاقرار بالنكاح لا يبطل بالموت بدليل جانبه
وذلك ان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا ترث المراة منه
فيصح التصديق ولابي حنيفة ان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح
انما يعتبر في حق حكم كان قبل الموت فاما في المستقبل فالنكاح معدوم من كل وجه فلا يبقى صحيحا ه
الاقرار صحيحا ه لاثبات الارث ابدا فيكون التصديق واقعا في شي هو في الحال معدوم من
كل وجه وهو النكاح وهذا لا يجوز **فان قيل** لو اقر بعبد لرجل ومات العبد وترك
كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له يستحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك
قلنا الكسب في حكم المنفعة فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بكسبه فيصير قائما بعد فوات العبد
واما الارث فيثبت بعد الموت على سبيل الخلافة بسبب الزوجية لا بحق الاقرار فالمستحق
عليها بالنكاح يفوت بموتها فبقي تصديقه بعده دعوى ارث مبتدا كذا في الاسرار والايضاح
وغيرها **قوله** ومن اقر بنسب من غير الوالدين الى قوله لا يقبل اقراره وفي التحفة لا
بد فيه من البينة **قوله** فان كان له الفا للشبهة لانه من صورة ذلك الاقرار فان كان لذلك
المقر وارث معروف من نسب او موالاة فالارث للعمة او الخالة او مولى العتاقة او مولى
الموالاة لا للاخ المقر له لانه لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث المعروف ولا خلاف فيه وان
لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه وبه قال مالك **قوله** لما بينا وهو ان فيه حمل
النسب على الغير ويشاركه في الارث وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم وقال
الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين اما لو كان
الوارث واحدا يحوز جميع الميراث فاقر باخ او عم او اقر جميع الورثة يشاركهم في الميراث بلا خلاف
ويثبت نسبه عند الشافعي واحمد وابو يوسف ومحمد وحكاه عن ابي حنيفة وعند ابي حنيفة ان

كان

كان الوارث واحدا لم يثبت النسب باقراره وان كان اثنين ثبت في المشهور عنه وهو قول
مالك واختلفوا في كيفية المشاركة فلو اقر باخ وجحده اخوه اعطى نصف ما اخذه وعند مالك
واحمد ثلث ما اخذه وبه قال ابن ابي ليلى والثوري والحسن بن صالح وابو عبيده وابو ثور ولو
اقر باخت وانكره اخوه اعطى ثلث ما اخذه عندنا وعند مالك واحمد خمس ما اخذه ولو
اقر بابن وبنت باخ وكذبه ابن وبنت تقسم نصيب المقر بينهم اخماسا عندنا وعند مالك
واحمد ارباعا فالاصل عندنا ان تقسم نصيب المقر له على قدر نصيبه وعلى ما نصيب المقر له
من نصيب المقر خاصة لان من زعم المقر ان حق المقر له بعضه في نصيبي وبعضه في نصيب شركاي
فيقسم كذلك كما هو المذهب عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول واحمد
يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحق وابو عبيد
وابو ثور لانه لا يستحق اكثر من نصف الميراث فلا يلزمه اكثر من نصف الدين كما لو اقر اخوه ولانه
اقرار يتعلق بحصته وحصة اخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار احد
الشريكين على مال الشركة وقلنا الدين يتعلق بتركة الميت فيكون مقدما على الارث فما لم
يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شي ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان صادقا
على ان المقبوض مشترك بينهما فان الابن المقر يزعم ان الاب قبض النصف شايعا والابن
المنكر يزعم ان الاب ما قبض شيئا والخمسين الباقية على الغريم التي يقبضها الاخ المنكر
مشترك بين المنكر والمقر وذلك لان جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذا بعضه يكون
مشتركا بينهما فما هلك هلك مشتركا وما بقي بقي مشتركا لكن الاخ الجاحد لما انكر
الهلاك حتى لم يتو الهلاك في نصيبه فلو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم
على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقايه دينا على الميت فان الدين مقدم
على الارث فيودي الى الدور ولو اقر احدهما ان الاب قبض الكل وكذبه الاخر وترك الميت
ماية اخرى واقتسماه رجع المكذب على الغريم بنصفه بعد ان يحلف المكذب بالله ما يعلم
ان الميت قبض الكل فان نكل برئ الغريم عن كل الدين بخلاف الاول لان الغريم هناك
يدعي البراة عن الخمسين وقد حصل له البراة عن الخمسين باقرار المصدق فلا يحلف المكذب
لحق الغريم وهنا يدعي الغريم البراة عن الكل وقد برئ عن النصف ويرجع الغريم على المقر بنصف
الماية الذي اخذه من تركة ابيه لان من زعمه ان الميت قبض كل الماية وصار ذلك دينا عليه
وبطلت المقاصة فيما قبض الابن المكذب ونصف الخمسين دينا على الميت للغريم والدين مقدم
على الارث والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الصلح

وقد مر وجه مناسبة الصلح بالاقرار والدعوى في اول الاقرار فلا حاجة الى بيان محاسن
الصلح اذ الصلح اسم للمصالحة وهو حسن لذاته لانها خلاف المخاصمة والمخاصمة قبيح لذاته ثم
يحتاج الى بيان الصلح لغة وشريعة وركنه وسببه وحكمه فالصلح اسم لغة للمصالحة التي هي المسالمة
واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وشرعا عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب
والقبول وسببه ما هو سبب في ساير المعاملات وهو تعلق بقا المقدور بتعاطيه وشرطه
كون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتياض
عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح مالا معلوما ان احتيج
الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في حانوته

فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة
الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وانواعه مذكوره في
الكتاب وجوازه بقوله تعالى والصلح خير وقال تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا
بينهما والحديث المذكور في المتن رواه ابو هريرة والترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح وما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم صالح اهل مكة عام الحديبية وانعقد الاجماع على جوازه **فان
قيل** قوله تعالى والصلح خير لا يدل على تعميم الصلح لان الاية سيقت في الصلح بين الزوجين
بدليل سياق الاية وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا الاية ثم قال والصلح خير فيكون
الالف واللام للمعهود المذكور كما في قوله فعصى فرعون الرسول لان المنكر اذا اعيدت معرفة كان
الثاني عين الاول **قلنا** قيل في جوابه في الاسرار ان قوله والصلح خير كلام مستقل بذاته فلا
يرتبط بسببه ولانه تعالى اخرجه مخرج التعليل من الصلح المشروع قبله اي صالحوا لان الصلح خير والعلة
لا يتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل متى وجدت ثبت حكمها يؤيد قوله الصلح جائز بين المسلمين الحديث
ولانه لو حمل على الجنس يدخل المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس
اولى بدليل عموم الحديث ثم الصلح عن الاقرار والانكار والسكوت جائز عندنا وبه قال مالك واحمد
وقال الشافعي لا يجوز الا مع الاقرار لما روينا وهو قوله عليه السلام الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وهذا اي الصلح على الانكار بهذه الصفة لان المدعى ان كان محقا كان اخذ المدعى به حلالا قبل الصلح
وحراما بعده وان كان مبطلا كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل
بالصلح فكان هذا صلحا احل حراما ولان الصلح بهذه الصفة دفع رشوة لان المدعى عليه يدفع المال
لشره وخصومته ويكون رشوة وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي بخلاف الصلح عن الاقرار فانه لا
يكون فيه ذلك ولنا ما تلونا من الاية والحديث فان كل واحد باطلاقه يتناول الصلح على الانكار
والسكوت فالتقييد بحالة الاقرار يكون زيادة على النص وما ورد في اخره اي اخر الحديث احل حراما
لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح مع امراته ان لا يطاها ضرتها او امته وهذا النوع من الصلح
باطل عندنا وذلك لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه وكذا الحلال المطلق فحمله على هذا اولى
وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك لان الصلح في العادة يقع على بعض الحق
فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما
على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرف ان المراد به غير هذا اليه اشار في المبسوط
وفيه نوع تامل **قوله** ولان هذا اي الصلح على الانكار صلح بعد دعوى صحيحة ولهذا
يستحلف المدعى عليه فيجوز لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه الثابت في زعمه وهو مشروع والمدعى
عليه يعطيه قطعا للمنازعة صيانة لعرضه وبذل المال لمثل هذا الغرض مشروع لان المال
خلق لصيانة الانفس عن المهالك والمفاسد واذا جاز الاعطاء والاخذ بناء على غرضهما والصلح
ليس الا هذا ولهذا قال ابو حنيفة اجوز ما يكون الصلح الصلح عن الانكار لان معنى الصلح يتحقق
فيه وهو قطع الخصومة ودفع اذى الشغب والمشاجرة فكان معنى الصلح فيه ابلغ واتم فكان احق
بالجواز والحاجة الى هذا الصلح امس ايضا لان الناس يحتاجون الى الصلح على الانكار لقطع المنازعة
ولهذا قال الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله لم يعمل السلطان في ايقاع العداوة والبغضاء
بين الناس مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس كذا
في المحيط **قوله** ودفع الرشوة لدفع الظلم جائز جواب عن قوله وهذا رشوة على انا نقول

انما يكون رشوة اذا اخذه بالجهة التي يدفعه الدافع بل ياخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا
يكون ومن ابطل ذلك فانما يبطله احتياطا للتحرز عن الحرام والرشوة والاعمال بالنيات كذا
في المبسوط **فان قيل** قوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي عام يتناول هذه
الصورة **قلنا** الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع
كما لو دفع الرشوة حتى يخرج الوالي احد الورثة عن الارث اما دفع المال لدفع الضرر عن نفسه
جائز للدافع كما ذكرنا ان المال خلق لصيانة الانفس ونقل ابو الليث عن ابي يوسف جواز المصانعة
للاوصياء في اموال اليتامى وبه نفتي واليه اشار في كتاب الله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين
يعملون في البحر فاردت ان اعيبها اجاز التعييب في اموال اليتامى مخافة اخذ المتغلب كذا في احكام
الصغار وفي المحيط فلو رشى لدفع خوف على نفسه او ماله او خوفا على لسانه او اعطى ماله
لشاعر لا ياسر به فهذه المواضع حل الاعطاء والرشوة اربعة انواع ثلاثة حرام للاخذ والمعطي
والرابع حلال للدافع لا للاخذ وينظر فيه **قوله** ونقده اي الصلح جهالة البدل اي اذا
كان يحتاج الى القبض لافضائها الى المنازعة **قوله** لانه اي المصالح عنه يسقط كما يقول السفراء
بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار وبه قال مالك واحمد وقال
الشافعي يفسده جهالة المصالح عنه ايضا كما في البيع الا هذا ولهذا قال ابو حنيفة اجوز ما يكون
الصلح الصلح عن الانكار لان معنى الصلح يتحقق فيه وهو قطع الخصومة ودفع اذى الشغب والمشاجرة
فكان معنى الصلح فيه ابلغ واتم فكان احق بالجواز والحاجة الى هذا الصلح امس ايضا لان الناس يحتاجون
الى الصلح على الانكار لقطع المنازعة ولهذا قال الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله لم يعمل الشيطان
في ايقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات
بين الناس كذا في المحيط ويشترط القدرة على تسليم البدل حتى صالح على عبد ابق لم يصح **قوله**
فيشترط التوقيت فيها حتى لو صالح على سكنى دار الى مدة معلومة جاز ولو قال الى الابد او حتى يموت
لا يجوز **قوله** ويبطل الصلح بموت احدهما اي المدعي او المدعى عليه وكذا يبطل بهلاك محل
المنفعة حتى لو صالح عن دعوى دار على سكنى او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او
لبس هذا الثوب شهرا ثم مات المدعي او المدعى عليه او هلك محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا
وهو قول محمد فيعود على راس الدعوى ولو كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقي ويرجع في دعواه
بقدره لانه اجارة وهو يبطل بكل واحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف ان مات المدعى عليه لا
يبطل الصلح ويستوفيه المدعي وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم
مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت
احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام
المورث للضرر الذي يلحق المالك بفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة **فان قيل**
العبد احيي او المدعي يبطل الصلح كما يبطل الاجارة عند محمد وعند ابي يوسف لا يبطل ويؤخذ
من القاتل قيمته ويشتري بها عبد اخر ثم المدعي ان شاء رضي بخدمته وان شاء نقض الصلح فان فات
واخلف بدلا والتحرير للتعبير ولو قتله المدعى عليه او مات بطل الصلح بالاجماع ولو استاجره
المالك لم يجز عند محمد كالمستاجر وعند ابي يوسف يجوز **قوله** كما يختلف حكم الاقالة
فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وكذا الخلع معاوضة من جانب المراة يمين من جانب الزوج
وكذا الجهة الواحدة في تحري الصوم عند اشتباه القبلة مثله في حق شخص دون شخص وحكم النكاح

حل في حق امراته يحرم موبدا في حق ام امراته وكمن اشترى عبدا او جارية فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وفدا في حق المشتري حتى يعتق العبد وهو كثير النظير **قوله** بالشك لان على تقدير الاقرار يكون عوضا وعلى تقدير الانكار لا يكون عوضا مع ان حمل السكوت على الانكار اولى لان فيه تفريغ الذمة وهو الاصل **قوله** لانه اي المدعى عليه ياخذ الدار على اصل حقه اي يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع المال لقطع الخصومة لا انه يشتريها بخلاف ما لو صالح عنها باقرار حيث تجب الشفعة لانه اعترف بالملك للمدعي واستفاده بالصلح فكانت مبادلة مالية **قوله** بخلاف ما لو صالح على دار بانكار او سكوت او اقرار **قوله** وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قد اشتراها من المدعى عليه وهو منكر فيجب فيها الشفعة **قوله** حصة ذلك من العوض اي بدل الصلح **قوله** يرجع المدعي بالخصومة اي الى المستحق لانه قام مقام المدعى عليه ورد العوض الى بدل الصلح لان الصلح مبني على زعم المدعي وفي زعمه انه اخذ العوض عوضا عن الدار فاذا استحقت كان عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع اذا استحق ولو كان مبنيا على زعم المدعى عليه ففي زعمه انه اعطى المال بغير حق وان له حق الاسترداد كذا في المبسوط **قوله** الا انه دفع خصومته اي خصومة المدعي عن نفسه وهذا بخلاف ما لو اعطى المدعي شيا للمدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار فان المدعي لا يرجع على المدعى عليه بشي لان في زعم المدعي ان ما دفع اليه ليس بواجب عليه لاني اخذت ملكي فكنت متبرعا فيما اعطى ولا مرجوع فيه بسبب الاستحقاق او لان المدعى عليه مضطر في مسئلة الكتاب لانه يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها اما المدعي ليس بمضطر فيما اعطى لانه على خيره في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار عند ظهور الاستحقاق فلا يرجع بشي **قوله** ببعض ذلك اي المصالح عنه وهو الدار التي في يد المدعى عليه رد حصته اي من بدل الصلح ورجع بالخصومة فيه اي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتبارا للبعض بالكل **قوله** رجع الى الدعوى اي رجع المدعي الى دعواه السابقة مع المدعى عليه **قوله** بخلاف ما اذا باع منه صورته صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار يعني اجرى لفظ البيع في مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له اي للمدعي وبه قال الشافعي في الاصح وقال ابو حامد من اصحابه لا يكون اقرارا **قوله** في الفصلين اي الاقرار والانكار **قوله** فصالح على قطعة منها اي من الدار لم يصح قال السافعي في وجه وبه قال واحد وكذا لو صالحه على ان يبني فوقه او يبيت او يسكنها فعلى هذا الخلاف قيل ما ذكره هنا غير جواب ظاهر الرواية حيث ذكر في الذخيرة ادعى دارا وانكره ذو اليد واصطلحا على بيت معلوم من دار اخرى يجوز وعلى بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز وبه قال السافعي في وجه لان في زعم المدعي انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاجاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعي وبينته في بقية الدار بعد ذلك وفيما اذا وقع الصلح على بيت معلوم من هذه الدار ذكر الامام نجم الدين النسفي في شرح الكافي يسمع وذكر شيخ الاسلام لا يسمع • وجه من قال يسمع ان المدعي استوفى بعض حقه وابرا عن الباقي والابراء لاقي عينا والابرا في الاعيان باطل فصار وجوده كعدمه • وجه ظاهر الرواية ان الابرا لاقى عينا ودعوى فان المدعي يدعي جميع الدار والابراء عن الدعوى صحيح وان كان عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابراتك عن دعوى هذا العين يصح الابرا حتى لو ادعاه

بعد

بعد ذلك لا تسمع دعواه **قوله** والوجه فيه اي الحيلة في جواز هذا الصلح او يلحق به اي بهذا الصلح ذكر البراة عن دعوى الباقي بان قال المدعي ابراتك او برئت من دعوى هذه الدار فيصح الابرا لان الابراء عن دعوى العين جائز اما لو قال ابراتك من هذه الدار او من خصومتي في هذه الدار فهذا الابرا لا يصح وله ان يخاصم بعد ذلك لان هذا ابراء عن ضمانها لا عن دعواها وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال له آخر برئت منه كان بريا منه ولو قال ابراتك منه كان له ان يدعيه وانما ابراه من ضمانه كذا في الذخيرة

فصل لما ذكر مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز منه وما لا يجوز **قوله** لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه ولا خلاف فيه وقوله بالمنافع بالجر اي عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحد الوارث او اقر به وصالحه على شي جاز لان اخذ العوض عن المنافع جائز بالاجارة فكذا بالصلح **قوله** ويصح عن جناية العمد كمن عفي اي اعطي والخطا وكذا عن كل حق يجوز اخذ العوض عنه بلا خلاف اما الاول اي الصلح عن جناية العمد فمن عفي اي اعطي له من دم اخيه شي وذلك بطريق الصلح كذا قاله ابن عباس وفي التيسير للاية معنيان احدهما ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك فمن عفي اي اعطي له من دم اخيه بسهولة واريد به ولي القتيل من اخيه اي جهة المقتول شي من المال بطريق الصلح ونكره لانه مجهول القدر فانه يتقدر بما راضيا عليه فاتباع بالمعروف اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح على حسن معاملة واداء اي على المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان والثاني ما قاله جماعة وهو مروي عن عمر وابن عباس ان الاية في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شي فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شي من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفي بعضهم صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليود القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص **قوله** وهو اي الصلح بمنزلة النكاح في المبسوط ما يصلح مهرا يصلح بدلا في الصلح لانه مال يستحق عوضا عما ليس بمال بالعقد ولهذا لا يبطل الصلح عن دم العمد بهلاك البدل كما لا يبطل النكاح لان الصلح عن دم العمد لا يحتمل الفسخ كالنكاح بخلاف الصلح عن المال ولهذا لو صالحه عن القود على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز كما في النكاح **فان قيل** لو صالحه عن القود على ان يعفي عن دم وجب عليه يجوز ولو تزوجه على عفو عن القود لا يجوز **قلنا** اسقط كل واحد حقه عما له من القود وكل واحد منهما متقوم صالح للاعتياض عنه فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الاخر لكونه متقوما بخلاف النكاح فان الشرط في المهر ان يكون مالا قال تعالى ان تبتغوا باموالكم والقصاص ليس بمال وفي القصاص الشرط ان يكون ما يستحق متقوما وذلك موجود في القصاص ولهذا لو صالح عن القود على اقل من عشرة دراهم يجوز ولو سمى في النكاح لا يجوز **قوله** الا ان عند فساد التسمية بان صالح على ثوب او دابة غير معينين يصار الى الدية اي في مال القاتل وهذا لان الولي ما رضي بسقوط حقه مجانا وقد صار مغرورا من جهة القاتل بما سمى له فيرجع عليه ببدل ما سلم وبدل النفس الدية وتجب في مال القاتل لانه وجب بعقده فكان عليه خاصة كذا في المبسوط والايضاح **قوله** لانه اي المال لا يجب بمطلق العفو فلا يكون من ضرورة الصلح عن القود وجوب المال فانه لو عفي ولم يسم مالا يصح فصار ذكر الخمر وعدمه سواء فبقي مطلق العفو وفي مطلق العفو لا يجب شي فكذا في ذكر الخمر في الصلح وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل فساد

النسبة وفي فصل تسمية الخمر لانه اي مهر المثل الموجب الاصلي في النكاح بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وعجب اي بمهر المثل مع السكوت اي عن ذكر المهر حكما او شرعا لقوله ان تبتغوا باموالكم في الطلاق جواب الكتاب اي القدوري وهو قوله ويصح عن جناية العمد والخطا **قوله** وهذا اي الصلح عن القصاص بخلاف الصلح عن حق الشفعة بمال حيث لا يجوز وبه قالت الائمة الثلاثة مع ان كلا انما حق التملك لا حق في المحل فان للشفيع ان يتملك وللولي ان يتم الفعل فعل ان يتم الفعل لا حق في المحل فقال اما القصاص فملك المحل اي المحل مملوكا في حق اقامة الفعل قبل الفعل فظهر الحق في المحل لملك الاعتياض اما لا حق للشفيع في الدار المشتراه قبل ان ياخذها بالشفعة بل له ان يتملك ملك الغير فكان قبل التملك لا حق له في المحل فلا يصح الاعتياض كذا في الايضاح **فان قيل** لو قطع يمين رجل ثم قطع يمين اخر يجب القصاص للثاني كما يجب للاول فلو ظهر اثر الاستحقاق في المحل لما وجب للثاني لان المحل صار مستحقا للشخص لا يصير مستحقا لاخر **قلنا** المحل ما صار مملوكا به على الاطلاق بل صار مملوكا له في حق الفعل الذي يقيمه فقط وظهوره في حق فعل لا يدل على عدم ظهوره في حق فعل اخر وقيد الصلح عن الشفعة على مال لانه لو صالح عن حق الشفعة على اخذ نصف الدار يصح لانه ذكر في المبسوط صلح الشفيع على ثلاثة اوجه في وجه يصح وهو ان يصالح على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا يبطل شفعته وهو ان يصالح على اخذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح لان حصته مجهولة ولا يبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الشفعة وفي وجه لا يصح ويبطل شفعته وهو ان يصالح على مال فهنا تبطل شفعته لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشتري في الدار لم يتغير بهذا الصلح بل بقي على ما كان ولا يجوز الاعتياض في حق الشفعة لما ذكرنا **قوله** والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة اي في عدم جواز الكفالة صورته صالح المكفول له الكفيل على شي من المال على ان يخرجه من الكفالة لا يصح الصلح ولا نعلم فيه خلافا **قوله** روايتين على ما عرف في موضعه ذكر في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص لان الاقدام على الصلح يتضمن البراة عن الكفالة والسقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وبه يفتى وفي رواية ابي سليمان لا تبطل الكفالة بالنفس لانها وسيلة الوصول الى المال فاخذت حكمه حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا كذا في الايضاح والذخيرة **قوله** الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية وفي المعنى هذا اذا كان ذلك الصلح منفردا اما اذا كان الصلح عن دم العمد متضمنا بالصلح عن دم الخطا يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر الديتين كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطا بمن قتل عمدا وقتل اخر خطا على اكثر من الديتين يجوز ولصاحب الخطا قدر الدية وما بقي لصاحب العمد **قوله** ايضا اذا صالح على ذلك جاز بان صالح على مكيل او موزون وقيمتها اكثر من الدية يجوز بلا خلاف **قوله** عن دين بدين اي عن دين الدية بدين بدل الصلح على جنس اجزاءها اي من المقادير بان قضى بماية من الابل فصالح على اكثر من مايتي بقر جاز وعند الشافعي واحمد لا يجوز لانه اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون اكل مال الباطل وقلنا لما عين القاضي الوجوب في الابل خرج غيره عن كونه واجبا فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فيصح اذا كان يدا بيد اما لو صالح على شي من المكيل او الموزون سوى الدراهم والدنانير الى اجل فهو باطل لان القاضي لما عين الحق في الابل كان هذا اعتياضا عن دين بدين فلا يجوز ذكره في الايضاح **قوله** ولا يجوز الصلح عن دعوى حد صورته اخذ زانيا او

سارقا او شارب خمر فصالح على مال على ان لا يرافعه الى الحاكم فهو باطل ويرد ما اخذه ولا نعلم فيه خلاف لانه حق الله تعالى لا حق العبد والاعتياض عن حق الغير لا يجوز **قوله** لانه اي النسب حق الولد صورته ادعت امراة على رجل هذا الصبي الذي في يدها انه ابنه وجحد الرجل ولم يدع المراة بالنكاح وقالت قد طلقني واقر الزوج انه قد طلقها وبانت فصالح من النسب على ماية فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز للام اسقاطه كذا في شرح القدوري ونسب هذه الرواية الى ابي يوسف في الايضاح وقال النسب حق الصبي فلا تملك الام اسقاطه بعوض وغير عوض **قوله** الى الطريق العامة قيد به لان الظلة لو كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز بلا خلاف لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد فكان الصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضى الباقين فجاز ذكره في الايضاح هذا الخلاف فالو اراد ان يفتح بابا في غرفته او كوة فخاصمه احدهم فصالحه على مال ليترك الكوة لا يسدها فالصلح باطل ذكره في فتاوى قاضي خان مع ان ما يقابل الكوة من دار الجار مملوكا للجار ومع ذلك لم يجز الصلح لان الجار ظالم في منع صاحب الكوة عن الانتفاع بمال نفسه والجار انما ياخذ المال ليمتنع عن الظلم والامتناع عنه واجب فلا يجوز الصلح عليه اما بنا الظلة ليس تصرف في ملك نفسه بل هو بنا هوا مشترك بين قوم معلومين فيجوز وفي مسئلة الكوة لو صالح صاحب الكوة على ان ياخذ مالا ويسد كوته فالصلح باطل ايضا لان الجار انما دفع المال ليمتنع صاحب الكوة عن التصرف في ملك نفسه والانتفاع به فكان باطلا اليه اشار في فتاوى قاضي خان **قوله** واحد على الانفراد قيد به لو صالح الامام بمال على ان يترك الظلة جاز الصلح لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام ويضع ذلك في بيت المال كما لو باع شيئا من بيت المال يجوز كذا في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام لان المغلب فيه اي في حد القذف حق الشرع ولهذا لا يورث ولا يسقط بالعفو عندنا واخذ العوض على حق الغير لا يجوز وعند الشافعي واحمد وان كان المغلب فيه حق العبد لكن حق غير مالي فلا يجوز اخذ العوض عنه وعند مالك هو مشترك فلا يجوز اخذ العوض عنه **قوله** وكان في معنى الخلع اي في زعم الزوج اذ الخلع بلفظ البراة صحيح وبه قال بعض اصحاب احمد وقال بعض اصحابه لا يجوز لان الصلح في الانكار في حق المنكر لافتداء اليمين ولا يمين عليها في هذه الدعوى وقلنا المراة بدليه لدفع الخصومة عن نفسها وتخليص نفسها عن الوطي الحرام وربما يوجه اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك **قوله** قالوا اي المشايخ لا يحل له الى اخره وفي النهاية هذا عام في جميع انواع الصلح بدليل ما ذكر في كتاب الاقرار لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له اخذ ذلك ديانة الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا بطريق الهبة ابتداء وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** قال رحمه الله هكذا ذكر وذكر بعض الدال على بنا الفاعل بدليل ما ذكر بعده وفي بعضها قال لم يجز وهو المذكور في شرح القدوري وجه الاول وهو الجواز انه يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة **قوله** فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة من جانب الزوج اذ لا يسلم له شي من هذه الفرقة وانما المراة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج فالحال على ما كان قبل الدعوى ويكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذ به عوضا عن شي فلا يجوز لانه رشوة محض من غير دفع خصومة ويلزمها رده وانما قلنا لم يقابله شي لان النكاح ما ثبت ههنا وهي لم تترك الدعوى لان الفرقة لم توجد فكان دعواها في زعمها على حالها لبقا النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز **قوله** وان ادعى على رجل انه عبده اي

رجل مجهول الحال فانكر الرجل ثم صالحه على مال يجوز هكذا ذكره في المبسوط وبه قال احمد
و **قوله** لهذا يصح على حيوان في الذمة وكذا لو اقام منه بعد الصلح انه عبده لا تقبل بينته
في اثبات الملك لان ما جرى بينهما بمنزلة الاعتاق كذا في المبسوط **قوله** لا ولاء له اي للمدعي
لانكار العبد كونه عبدا الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك على انه عبده فيقبل اي في حق الولاء
ويثبت الولاء لانه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الاعتاق على مال فيثبت الولاء **قوله**
لم يجز له اي للعبد المأذون ان يصالح عن نفسه على مال سواء كان عليه دين او لا ومع فساد الصلح لا يجوز
لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى
فتأخر البدل الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه لم يجز لحق المولى اما في حق نفسه يجوز لانه مكلف
وكان كالامة البالغة اذا طلقها زوجها بمال وقبلت فان المال يجب في حقها وان لم يجب في حق
المولى حتى يؤاخذ به بعد العتق وصار كانه طلقها بمال مؤجل ولهذا يقع الطلاق بائنا فكذا
ههنا كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق فيجوز الصلح في حق المولى فلم يجز ان يقتله
بعده ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق كذا ذكره المحبوبي وهذا جواب عما لو قال لما سقط القتل بعفوه
وقد اعترف المولى به فلم لم يخاطب بالدفع او الفداء فقال لما كان صلحا ببدل مؤجل الى ما بعد
العتق لم يخاطب به المولى في الحال وهذا بخلاف المكاتب فانه لو قتل عمدا او صالح عن نفسه
بشيء من كسبه يجوز وفي المأذون لا يجوز لان المكاتب اعلى حالا من المأذون فكان يده على نفسه
اقوى ولهذا لو ادعى انسان رقبة المكاتب ينتصب المكاتب خصما للمدعي ولو قطع شيء من طرفه
كان البدل له فيقضي له ببدل كتابته وسائر ديونه بخلاف المأذون حيث لا ينتصب خصما ولا يكون
بدل طرفه له فصار كالحر باعتبار قوة يده اما المأذون فملحق بما قبل الاذن لضعف يده وصلحه
عن نفسه قبل الاذن لا يصح فكذا بعد الاذن ذكره المحبوبي **قوله** ولهذا لا يملك التصرف
فيه اي في رقبته على تأويل العضو او الجزء بيعا قيد بالبيع لانه لا يملك الصرف فيه اي في رقبته اجارة كذا
كذا ذكره التمرتاشي **قوله** استخلاصا بمال المولى لان ما اعطاه من بدل الصلح مال المولى
وصار اي العبد المأذون كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال
مولاه بغير اذنه لا يجوز فكذا هنا **قوله** وهذا شراؤه اي الصلح على مال في معنى الشراء
فان العبد صار كالمستحق بفعل العمد ولو زال عبده عن ملكه بملك شراه فيملك الصلح ايضا ولو
زالت نفسه عن ملك المولى لا يملك شراء نفسه فكذا لا يملك الصلح عن نفسه كذا في جامع صدر
الاسلام **قوله** ومن غصب ثوبا يهوديا الى اخره وضع المسئلة في الاصل في العبد وكذا
الخلاف في كل ما لا مثل له وقالا اي ابو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته وبه قال الشافعي واحمد
ثم قيد بالغصب لانه لو ادعى الصلح بذلك عادة فان الحكم في المستهلك والمبيع كذلك وقيد بالثوب احترازا
عن غصب المثلي فان الصلح فيه بالدراهم والدنانير بالزيادة يجوز بالاجماع وقيد بكونه يهوديا
ليعرف قيمته اذ لا بد ان يكون الثوب المدعى به موصوفا حتى يعرف قيمته وقيد بالاستهلاك لان الثوب
اذا كان قائما يجوز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله على مائة درهم لانه لو صالحه على
طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما اذا
لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب اما بعد القضاء لو صالح على اكثر منها لا يجوز بالاجماع **قوله**
وهي مقدرة اي القيمة مقدرة من النقود شرعا فيصير الزيادة ربا كالصلح في الدية باكثر من الف دينار
او باكثر من عشرة الاف درهم وكما لو قضى القاضي بالقيمة وكما لو وجبت الدراهم بسبب البيع ثم صالحه

بالزيادة ولابي حنيفة ان حقه اي حق المالك في المغصوب باق ولم يزل ملكه عنه ما لم يتقرر حقه في ضمان
القيمة بدليل انه لو اختار ترك التضمين بقي العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه او كان ابقا فعاد
من اباقه كان مملوكا له ولو كان نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته يكون للمالك وانما يملك الكسب
بملك الاصل واذا كان ذلك فالذي وقع عليه الصلح عوضا عن ملكه في العبد والثوب ولا ربا بين العبد
والدراهم كذا في المبسوط او حقه في مثله صورة ومعنى وفي الذخيرة هذا اعتياض عن الثوب والعبد
حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن العبد القائم والثوب القائم وهذا لان ضمان العدوان بالمثل
بالنص فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه
في المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا عند الاحد
يصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بمساهلة المقوم والاخذ والدافع لا
يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في وجوب المثل الكامل لان الوجوب بايجاب
الله والله تعالى عالم بذلك فصح ان هذا اعتياض من الثوب او الحيوان فيجوز كيف ما كان وهذا معنى
قول الشيخ فقبله اي قبل القضاء اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا اي عن الثوب او العبد فلا يكون
ربا وفي المبسوط وجه اخر ان الواجب على الغاصب ضمان الرد كما قال عليه السلام على اليد ما
اخذت حتى ترد وهو الضمان الاصلي في الغصب وانما يجب عند تعذر رد العين فكان ذلك لاجل
الضرورة فلا يصار اليه الا عند العجز عن رد العين بالقضاء بالقيمة فاذا صالحه على مال كان بدل
الصلح عوضا عن الضمان الاصلي وهو رد العين فلا يكون ربا وفي المبسوط والذخيرة والجوامع
وغيرها ان منشأ الخلاف ان بدل الصلح في مقابلة عين المغصوب حقيقة اذا كان قائما وحكما تقديرا
فيما اذا كان مستهلكا عند ابي حنيفة وعندهما في مقابلة الدراهم والدنانير اذا كان مستهلكا
فان قيل يلزم على ابي حنيفة انه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجلا ينبغي
ان يجوز والحال انه لا يجوز وكذا لو باع المالك المغصوب المستهلك من الغاصب لا يجوز فلو
جعل بمنزلة القائم حكما بعد الاستهلاك ينبغي ان يجوز **قلنا** انما لا يجوز الصلح على الطعام
الموصوف مؤجلا باعتبار ان العبد او الثوب المستهلك لا يتوقف على اثره وما لا يتوقف على اثره
يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام لا لان الطعام بدل عن القيمة الا ترى انه لو صالحه على
طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس يجوز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لا يجوز لان
الطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مسلما وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم وفي مسئلة
البيع انما لا يجوز بيعه من الغاصب بعد الهلاك لان البيع تمليك مال متقوم بمال وبعد الهلاك ليس
بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه بطريق اسقاط الملك وما يأخذ من العوض بازاء اسقاط الملك
وصحة الاسقاط لا تستدعي المالية والتقوم اليه اشار في المبسوط وجامع قاضي خان **قوله**
منصوص عليها قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب
شريكه **قوله** بخلاف ما تقدم وهو العبد المستهلك او الثوب لانها اي القيمة غير منصوص
عليها لما ذكرنا فلم تظهر فيه دلالة التقدير بها ولهذا يكون مخيرا بين تضمين الغاصب وابرائه والشريك
الساكت يجبر على ازالة ملك نصيبه بالاعتاق او بالضمان او بالسعاية اليه اشار في المبسوط ٥

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما بين صلح المرء نفسه شرع في بيان صلح الغير عنه الاول هو الاصل **قوله** لم يلزم الوكيل ما صالح عليه
وهكذا في شرح الاقطع وفي بعض النسخ ما صالح عنه اي عن الموكل **قوله** والمال لازم

للموكل وفي شرح الاقطع والمال لازمٌ على الموكل **قوله** وتاويل هذه المسئلة وهي ان المال غير لازم على الوكيل في هذه الصورة وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسئلة فان فيه قيد آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار لا يجب بدل الصلح على الوكيل وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط ادعى في دار رجل حقا وانكره فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم ولكن ان كان الصلح بامره فالمال على الامر لان الاجنبي معبر عنه وان كان بغير امره فالصلح موقوف باجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعا عليه بغير رضاه والمدعي لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضى المدعى عليه وفي شرح الطحاوي والاوضح فرق بين الوكيل بالصلح والخلع اذا اذا ضمنا البدل وبين الوكيل بما ضمن من البدل بالنكاح اذا ضمن المهر حيث لا يكون له الرجوع اذا اخذ المهر منه وفي الصلح والخلع يرجع على الموكل لان الصلح والخلع بغير امرهما جائز فيكون الامر لافادة حق الرجوع اما النكاح بغير امر الزوج لا يجوز فيقتصر نايدة الامر على افادة الجواز **قوله** فهو على اربعة اوجه وجه الانحصار ان الفضولي عند الصلح لا يخلو اما ان كان قرن بالمال ضمان نفسه او لا فان قرن فهو الوجه الاول وان لم يقترن فلا يخلو اما ان اضاف ذلك المال الى نفسه او لا فان اضاف فهو الوجه الثاني وان اضاف فلا يخلو اما ان يسلم المال المذكور في الحال او لا فان سلم فهو الوجه الثالث والا فهو الوجه الرابع **قوله** وفي حقها اي في حق المراة اذ الاسقاط يتلاشى ويضمحل فاستوى فيه الفضولي والمدعا عليه وصلح ان يكون اصيلا في الضمان اذا اضاف الضمان الى نفسه كالفضولي في الخلع اي من جانب المراة كان بدل الخلع عليه ويكون متبرعا على المدعا عليه باسقاط خصومته عنه كما لو تبرع بقضاء الدين عنه وعن احمد يجوز صلح الاجنبي بامره وبغير امره في الانكار والاقرار ويرجع على المدعا عليه اذا ادى بدل الصلح اذا كان بامره بالاتفاق وبغير امره لم يرجع كما لو ادى دين غيره بغير امره وبه قال الشافعي اذا كان الصلح في الاقرار فان صلح المنكر لا يجوز عنده **قوله** ويكون متبرعا بالواو **قوله** بخلاف ما اذا كان بامره اي لا يكون متبرعا ويرجع عليه بما ضمن كما ذكرنا وعند الشافعي واحمد يرجع ان ادى بامره كما ذكرنا **قوله** ولا يكون لهذا المصالح شي من المدعا اي لا يصير المدعا به ملكا للمصالح وبه قال الشافعي واحمد وان كان المدعا عليه مقرا وانما ذلك اي الدين الذي في يده لان تصحيحه اي تصحيح الصلح بطريق الاسقاط والساقط يتلاشى ويضمحل فاي شي بقيت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به فيما اذا كان المدعا عليه مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعم المدعا عليه انه لا شي عليه فيكون متبرعا في اسقاط الخصومة عنه وزعم المدعي لم يتعد اليه واما اذا كان مقرا بالدين وبالصلح ينبغي ان يصلح المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شرا الدين من غير المديون لا يصح لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لا يجوز وبه قال الشافعي في الاصح واحمد بخلاف ما لو كان المدعا به عينا والمدعا عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه متى كان بغير امره ذلك لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره ولا خلاف فيه **قوله** فالعقد موقوف وفي المبسوط هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم بل ينفذ على المصالح وانما التوقف في قوله صالح فلانا على كذا ولم تضمنها على ما نذكر بعد هذا **قوله** يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى

نفسه بدليل انه يجبر على الاداء كما يجبر الاصيل لان الزعيم غارم والوفا بالشرط لازم خصوصا اذا كان الشرط في عقد لازم **قوله** اذا لم يضفه اي الضمان الى نفسه اي لم يضمنها لم يكن عليه شي وبقي عاقدا من جهة المطلوب يعني الصلح موقوف على قبول المدعا عليه فان قبل لزمه المال وان رده بطل الصلح **قوله** قال رحمه الله ووجه آخر الى اخره وفيه وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب قال في الذخيرة لو صالح عن المطلوب بغير امره لا يخلو اما ان قال المصالح صالح فلانا على كذا من عوالك عليه وفي هذا الوجه يتوقف الصلح على اجازة المطلوب ولا ينفذ لا على المصالح ولا على المطلوب فان رد المطلوب بطل وان اجاز جاز وكان المطالب بالعوض هو واما ان قال المصالح صالحني وفي هذا الوجه ينفذ الصلح على المصالح وكذا لو قال صالح فلانا على الف من مالي او قال صالح فلانا على اني ضامن ففي هذه الاوجه الثلاثة ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعا عليه ولا يصير المدعا به ملكا له اما لو قال صالحتك على الف ولم يزد على هذا اختلف المشايخ قيل ينظر قوله صالحني وقيل ينظر قوله صالح فلانا هذا اذا صالح بغير امر المطلوب اما لو صالحه بامره وهو ايضا على وجوه هذا كله فيما اذا كان المدعى عليه منكرا اما اذا كان مقرا فهو ايضا على وجهين اما ان صالح الاجنبي بغير امره او بامره وتلك الاوجه المذكورة يجيء ههنا ايضا **قوله** فلا سبيل له على المصالح وكذا لو وجده حرا او مدبرا او مكاتبا لا سبيل له على المصالح ولكن يرجع في دعواه لانه اي المصالح التزم الايفاء منه ولم يلتزم شيا سواه اي سوى ما عين فانه متبرع بالتزام دفع هذا المعين فلو قلنا بالتزام شي اخر كان الزاما عليه شيا لم يلتزمه وذا لا يجوز على المتبرع ولهذا لو وهب شيا لم يجبر على تسليمه لان التسليم تبرع اخر وهو لم يلتزمه حيث يرجع عليه اي على المصالح دون المطلوب لانه اي المصالح جعل نفسه اصيلا في حق الضمان فصار دينا في ذمته حيث ضمنه ولهذا يجبر اي المصالح على التسليم وبالرد بهذه الاسباب ينفسخ القبض لا اصل العقد فيعود الحكم الذي قبل القبض وهو المطالبة بتسليم الجيد بسبب التزامه

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح على العموم ذكر في هذا الباب حكمه عن دعوى خاص وهو دعوى الدين اذ الخصوص بعد العموم **قوله** وكل شي وقع عليه الصلح اي كل شي هو بدل الصلح مستحق بعقد المداينة اي اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما وهي البيع صورته باع ثوبا مثلا بعشرة دراهم وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر اجل ثم تصالحا على خمسة دراهم يجوز وان افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي هو خمسة لان هذا الصلح يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه الى اخر ما ذكر في الكتاب وانما قيد بعقد المداينة مع ان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح وهو نظير قوله عليه الصلاة والسلام من نام عن صلاة او نسيها الحديث مع ان الحكم في العمد كذلك وههنا سعي ان يراد قيد اخر في الرواية وهو ان يقال وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة لانه لو امكن حمله على بيع الصرف انه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعاوضة لا على اسقاط البعض فقد ذكر في الذخيرة جنس هذه المسايل فقال هي على اربعة اوجه ان يصالح الف درهم سود حال على الف بخية الى اجل لا يجوز لما ذكر في الكتاب والثاني ان يصالح الف سود مؤجل على الف بخية حالة جاز اذا انقد البخية في المجلس لان هذه مصارفة بدين وجب قبل عقد الصرف وقد قبض بدله في المجلس والثالث ان يصالح عن الف بخية حالة على الف سود الى اجل وهو جايز لان هذا ابرا عن الجودة من صاحب الدين والرابع ان يصالح

عن الف بخية موجلة على الف سود حالة فانه لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل **قوله** يجري اي يطلب

قوله نسيه لا يجوز شرعا لان ذلك بيع الدين بالدين لان كل ذلك ثابت في الذمة وقد نهى عليه السلم

عن بيع الكالي بالكالي فلابد من حمله على التاخير لان التاخير تصرف في حق نفسه لا في حق غيره **قوله**

ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز سوا كان مقرا او جاحدا لانه ان كان مقرا كان صرفا بالنسية وذلك

لا يجوز وكذا ان كان منكرا لان الصلح بنا على زعم المدعي وفي زعمه ان هذا صرف بالنسيه فكذا لو

صالحه على طعام في الذمه موجلا او غير موجل وتفرقا قبل القبض لم يجز لان هذا افتراق عن دين بدين

كذا في الذخيرة **قوله** لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة لانه وجب بالعقد الدراهم لا الدنانير

فلا يمكن حمله على تاخير حقه اذ التاخير تصرف في حق نفسه والدنانير غير حقه **قوله** وهو اي المعجل

غير مستحق بل المستحق الموجل بعقد المداينة والمعجل خير من الموجل فيكون اي يحمل الخمسماية التي كانت

موجلة بازاء اي بمقابلة الخمسماية المحطوطة وذلك اي يحمل الخمسماية عوضا عن الاجل وهو حرام

الا ترى ان ربا النسا حرام لشبهة مبادلة الاجل بالمال فلان يحرم حقيقته اولى وبه قالت الايمة الثلاثة

واكثر العلما **قوله** الف سود المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السودا لان البيض

غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على مال لا يستحق بعقد المداينة

فكان معاوضة الالف بخمسماية وزيادة وصف فكان ربا على قدر الدين وهو اي بدل الصلح اجود

من الدين اي حيث يجوز لانه مبادلة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة اي الجودة ساقطة العبرة في الاموال

الربويه بالنص الا انه يشترط القبض في المجلس لانه صرف **قوله** ولان معنى الاسقاط فيه

اي في الصلح الزم لانه مبني على الحطيطة والحط هنا اظهر فيكون الاسقاط الزم ولو صالح عن الف

درهم وعشرة دنانير على الف درهم وعشرة دراهم على ان ينقد خمسماية والباقي الى اجل ثم نقد

خمسماية في المجلس صح الصلح عند ابي يوسف لان المقبوض يجعل من الصرف وغيره وعند محمد

لا يصح لان العقد في الدنانير صرف فقد صار التاجيل شرطا في الصرف فافسده **قوله**

ومن له على اخر الف درهم قال في جامع البزدوي والمحبوبي وقاضي خان الف درهم حالة وقال

ابو يوسف لا يعود عليه سوا دفع الالف غدا او لم يدفع لان الابرا حصل مطلقا فلا يعود بعدم

النقد لانه شرط ضايع اذ النقد واجب عليه اليوم وكان نقد الخمسماية لا يصلح عوضا عن الابرا لان

النقد واجب عليه اليوم وغدا لان المال حال فلا يصلح النقد عوضا في الصلح واذا لم يصلح عوضا

صار ذكره والعدم بمنزلة فكان الابرا حاصلا مطلقا فلا يعود بعدم النقد **قوله** والادا لا يصلح

عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن استفاده قبل ذلك كذا في مبسوط شيخ الاسلام

قوله انه ابرا مقيد بالشرط اي بشرط ان يسلم له خمسماية في الغد فكانه قال ابراتك عن خمسماية

بشرط ان يسلم خمسماية في الغد فصار دخول كلمة على على الابرا كدخولها في الادا كما في قوله طلقني على

الف حملا للكلام العامل على الفايدة فاذا لم يسلم فات رضاه وبدون الرضى لا يسقط الحق **قوله**

وكلمة على ان كانت للمعاوضة وههنا حرج يخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط اذ كلمة

على تجي للشرط بما يعنك على ان لا يشرك بالله شيا فلم يصر الابرا مطلقا بالشك وفي الفوايد الظهيرية

لما ان هذا حط بعض خمسماية بشرط ان ينقد خمسماية غدا ونقد خمسماية في الغد يصلح عوضا عن الحط

لان الطالب ينتفع به لما ذكرنا ان الانسان قد يحتاج الى المال لتجارة اربح او غيره وما قال ابو يوسف

ان النقد واجب عليه لا يصلح عوضا قلنا نعم واجبا قبل الحط في المداينة وبعد الشرط جعل عوضا

معتبرا واجبا مره اخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ الثابت يعتبر ثابتا مره اخرى اذا

افاد

افاد اعتباره كما لو ظاهر مرارا صح لما ان اثباته مرارا يفيد شيا وهو وجوب الكفاره فكذا ههنا النقد

وان كان واجبا قبل الصلح بالمداينه ويعتبر واجبا مرة اخرى عوضا ليبطل الحط بفواته **فان قيل**

اعتبار وجوده مره اخرى ليصير عوضا عن الحط موجود فيما لو قال ابراتك عن خمسماية على ان تعطي

خمسماية غدا **قلنا** قال صدر الاسلام في جامعه ينبغي ان يكون الجواب فيه عندهما هكذا ايضا

وفيه اشارة الى ان المنع بحالا فيما اذا بدا بالابرا ولين سلم فالفرق انه متى بدا بالابرا عن خمسماية

لا يصلح ان يكون نقد خمسماية عوضا مطلقا لكونه يصلح شرطا فوقع الشك في فساده بخلاف ما اذا

بدا بالادا لان الابرا حصل مقرونا به فمن حيث انه يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا

لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك **قوله** لوجود معنى المقابلة فيه اي في الشرط اذ الشرط

يقابل الجزا فجاز ان يكون يستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه **قوله** او لانه

اي لان مثل هذا الشرط وهو ان يكون تعجيل البعض مقيدا بابرا الباقي متعارف والابرا مما يتقيد الى اخره

والفرق بين التقييد والتعليق ان في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحا ولهذا لو قال ان اديت او متى او اذا

اديت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحا هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى ان في

تقييد الابرا بالشرط يحصل الابرا في الحال بشرط وجود ما قيد به وفي التعليق لا يحصل في الحال لان المعلق

بالشرط معدوم قبله وكان التقييد بمنزلة الاضافة الى وقت وبيانه مستقصى في اصول شمس الايمة ثم في

مسئلتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فكذا سميناه تقييدا لا تعليقا وتقييد الابرا

بمعنى الشرط جايز وتعليق الابرا بالشرط لا يجوز لان في الابرا اسقاط حق شرعي ومعنى التمليك ايضا لانه تعالى

سمى ابرا الدين صدقة في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم والتصدق عبارة

عن تمليك المال ولهذا يرتد ابرا الدين بالرد كما في التمليكات ثم التمليك لا يصح تعليقه لما فيه من شبهة القمار

فقلنا اذا صرح بلفظ الشرط لا يصح اعتبارا لشبه التمليك واذا لم يصرح فيصح ويصير تقييدا اعمالا بالشبهين

بقدر الامكان اليه اشار في جامع قاضي خان **قوله** كما في الحوالة فانها ابرا مقيد بشرط السلامة

حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل سوا كانت الحوالة مقيدة او مطلقة **قوله**

ويخرج الداية جواب عما قاسه ابو يوسف والتخريج الذي وعد يجي في قوله والثالث اذا قال لاخر

اخره وقد نقلنا الفرق ايضا بين الابتدا بالابرا وبين عدم الابرا به من جامع صدر الاسلام **قوله**

وجوابه ان الامر على ما قال اي بالاجماع لوقوع الشك في فساده اي فساد الابرا بالشرط ثم عند الشافعي

واحمد اذا ابراه عن بعض حقه او وهبه بعضه على ان يوفي ما بقي لم يجز سوا كان معلقا او مقيدا اما لو

قال وهبتك بعضها فاعطني بقيتها يصح اما لو قال وهبتك بعضه بشرط ان يوفي الباقي لا يصح ولو قال

صالحتك بشرط ان توفيني لم يصح الصلح عند بعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وعند اكثرهم يجوز

الصلح لان معنى الصلح على ما لم يصح عوضا الاتفاق والرضا وتحصل هذا بغير عوض كذا في المغني لابن قدامه

قوله ففعل اي اخر دينه او حط شيا من دينه جاز عليه ان هذا التصرف وهو التاخير او الحط جار

على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا بمطالبة ما حط عنه وعند الشافعي واحمد يتمكن لان

الدين الحال لا يتاجل بتاجيل صاحبه لانه اي رب الدين ليس بمكره لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة

او بالتحليف فيشكل الا ترى ان الصلح على الانكار يجوز فلا يتحقق فيه معنى الاكراه لما قلنا فكان هذا

تصرفا في حق نفسه باختيار صحيح فيلزمه موجبه غاية ما في الباب انه مضطر في هذا التصرف لانه

لا يقدر بدونه قلنا تصرف المضطر نافذ كتصرف غيره الا ترى ان من اصابه جوع فباع عينا من اعيان

ماله بطعام لياكله جاز وان كان مضطرا فيه فكذا اذا اخر او حط اليه اشار المرغيناني والمحبوبي ٥

فصل في الدين المشترك **قوله** يوجد به اي يوجد المقر بالمال في الحال بلا خلاف لانه اقر منه بالحق
لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في المشترك لان الاثنين يتلو الواحد ابدا
قوله اذا كان الدين بين شريكين الى اخره وضع المسئلة في الدين لان في العين المشترك اذا صالح
احدهما عن نصيبه على مال لم يشركه الاخر بلا خلاف بين العلماء سوا كان المدعا عليه منكرا او مقرا لان
لان الصلح بالاقرار معاوضة يجوز وبالانكار معاوضة في زعم المدعي وفدا يمين في زعم المدعى عليه
فلا يثبت للشريك حق الشركة وقيد بالصلح بالثوب ليستقيم خيار القابض فانه لو صالح على
جنس حقه من الدراهم او الدنانير واخذ نصيبه من هذا الجنس فالخيار لشريكه لا للقابض
ذكره في المبسوط **قوله** لانه اي الدين ازداد بالقبض لانه صار عينا والعين خير من الدين
قوله ولكنه اي المقبوض باق الى اخره جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين
بالقبض كالثمر والولد ينبغي ان لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض لانه
غير الدين وقبضه بدلا عن حقه فملكه لانه باشر سبب الملك وهو المعاوضة اذ الصلح عليه
كالمعاوضة لانه غير جنس حقه فيجوز تصرفه فيه هبة وقضاء دين عن غريمه **قوله** اذا كان
صفقة واحدة قيد به لانه لو باع احدهما نصيبه بخمسمائة والاخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه
صكا واحدا بالف ثم قبض احدهما شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه كما لو اقرضه احدهما خمسمائة والاخر
كذلك وكتبا صكا واحدا بالالف ولا بد من قيد اخر وهو ان لا يزاد على هذا ونقول اذا كان صفقة
واحدة ونصيب احدهما اكثر ثم قبض احدهما شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه حتى يستوفي الزيادة وكذا
لو كان نصيب احدهما دراهم بخية ونصيب الاخر سود فقبض السود لم يكن للاخر ان يشاركه ذكره
في المبسوط وفي التتمة والذخيرة فالحيلة ان لا يشاركه الاخر فيما قبض ان يهب الغريم له
مقدار حصته ويقبض احد الشريكين ثم يبرئ الغريم من حصته وقال ابو بكر يبيع احد الشريكين
من المطلوب كفا من زبيب بمقدار حصته من الدين ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئ الغريم ويطالبه
بثمن الزبيب وياخذ منه **قوله** لان مبنى البيع على المماكسة تعليل لقوله صار قابضا حقه
كلا يكون لشريكه ان يرجع عليه بربع الدين بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والاغماض
ولهذا لم يملك بيعه مرابحة وكان المصالح بالصلح ابراه عن بعض حقه وقبض البعض فلو الزمنا
دفع ربع الدين يتضرر به المصالح لانه لم يستوف نصف الدين كملا فله الخيار كما ذكرناه **قوله**
كما ذكرنا اشارة الى قوله الا ان يضمن له شريكه اي الا ان يضمن شريك القابض للساكت ربع الدين
قوله والاستيفا بالرفع بالمقاصة جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان يكون الثوب مشتركا
لحصوله بدين مشترك فهذا لكسر بدين مشترك بل بدين خاص بطريق المقاصة ولا يقال في المقاصة
قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز لانا نقول قسمته قبل القبض لا يجوز قصدا اما ضمنا فيجوز وههنا
وقعت في ضمن الشرا كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة الصلح **قوله** في جميع ما ذكرنا
وهو الصلح من نصيبه بثوب او استيفائه او شرائه سلعة لكن له اي للشريك الساكت فلو سلم
اي الشريك الساكت له اي للقابض ما قبض وهو الثوب الذي هو بدل الصلح او الثوب المشترى
او الدراهم والدنانير ثم توى ما على الغريم بان مات مفلسا كان له ان يرجع على شريكه كما لو مات
المحتال عليه مفلسا كان للمحتال له ان يرجع على المحيل وفي الايضاح الا انه ليس له ان يرجع في عين
تلك الدراهم وللقابض ان يمسكها ويعطيه مثلها لان حقه سقط عن ذلك العين بالتسليم فاذا
توى حقه كان حقه في مثله لا في عينه **قوله** بدين كان عليه اي على احد الشريكين من قبل

اي قبل الدين المشترك بان اقر احد الشريكين ان المديون عليه دينا قبل ثبوت الدين المشترك
لانه اي القابض قاضي اي مؤد دينه بنصيبه لا مقتض اي لا مستوف دينه من المال اخر الدين يصير
قصاصا ولهما **قوله** لانه اي الابرا اتلاف وليس بقبض فلم يرد له شي بالبراءة فلا يرجع عليه
قوله على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر **قوله** ولا يصح عندهما ما ذكره النسخ
من صفة الاختلاف تخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها
حيث ذكر فيها قول محمد مع قول ابي يوسف ثم هذا الاختلاف في انشا التاخير اما لو اقر احد الشريكين
ان الدين موجل وانكر الاخر صح اقراره في نصيبه بالاجماع وفي المبسوط وهو حجة ابي يوسف ومحمد
فانهما يقيسان الانشا على الاقرار **قوله** لانه اي التاخير يودي الى قسمة الدين قبل القبض
وذا لا يجوز وهذا لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر وصفا وحكما اما وصفا فان احدهما
معجل والاخر موجل واما حكما فلساكت ان يطالب بنصيبه لا للاخر والقسمة ليست الا ان
يتميز احدهما عن الاخر وقد صار كذلك اليه اشار في المبسوط قال في الاسرار عامة مشايخنا
يخنحون في المسئلة بقسمة الدين قبل القبض وهذا الكلام ظاهر الاختلال لان ابا يوسف ومحمدا
يقولان التاجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف في المطالبة فاصل الدين بقي على ما كان مشتركا بغير
صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة الا يرى ان احدهما لو
اقر بان نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فانه كان مضافا اليه والان صار مضافا الى غيره وكذا
لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب احدهما نصيبه لاجنبي وسلم صح والشركة باقية لكن قال شمس الائمة
السرخسي ان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر وصفا وحكما الى اخر ما ذكرنا ولهذا استحق الشركة
قال في النهاية والقول ما قالت حذام **فان قيل** لم جعل ابو حنيفة الابرا المطلق قسمة الدين
قبل القبض لانه لا يبقى نصيبه بعد الابرا اصلا والقسمة تكون مع بقا نصيبهما اما في التاخير بقي ولان
في جواز التاخير اضرارا لشريكه واحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بالاخر لم ينفذ
تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب احدهما نصيبه في العبد المشترك كان للاخر ان يبطل الكتابة وبيان
الضرر في التاخير انه يحمل مونة المطالبة بجميع الدين على شريكه لان الساكت اذا استوفى نصيبه فهو
يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون المطالبة في جميع الدين على شريكه
وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابرا فانه ليس يتضرر به شريكه لانه لا يشاركه فيما قبض بعد ذلك
وانما لا يجوز قسمة الدين قبل القبض لان في القسمة معنى التمليك لان ما ياخذ احدهما بعضه كان له
وبعضه كان لشريكه فهو ياخذه عما بقي من حقه في نصيب صاحبه وتمليك الدين لغير من عليه الدين
لا يصح لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل اخر والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف
شرعي يظهر اثره عند المطالبة اليه اشار في المبسوط **قوله** فهو قبض لان الضمان يجب عند
الهلاك مستندا الى سببه وقت الملك فله ان يضمنه والاستيجار قبض حتى يرجع اليه شريكه عندهم
لحصول القبض بالمقاصة في المبسوط استاجر بنصيبه دارا من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف
نصيبه وروى ابن سماعة عن محمد هذا اذا استاجر بخمسمائة مطلقا اما لو استاجر بحصته من الدين لا
يرجع الاخر عليه بشي وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلقا فاذا كان بدل نصيبه
المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه **قوله** وكذا الاحراق وفي بعض النسخ وكذا الاصطياد
ولكن في المبسوط وغيره الاحراق ولانه عطف عليه قوله والتزوج به اي بنصيبه اتلاف فيجب ان يكون
المعطوف غير المعطوف عليه قبل المسئلة المختلف فيها ما اذا رمى بالنار على ثوب المديون فاحرقه

قلنا لا يلزم التمييز حاصل قبل القبض مع ان الابرا لاحد النصيبين قسمة الدين نصيبه تأبد

لما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فالساكت يتبع المحرق بالاجماع لانه حين يكون الاستهلاك بعد الغصب وقد ذكر حكم الغصب لمحمد ان بالاحراق صار قابضًا مستهلكًا لماله مضمونًا كالغصب فيصير المحرق مستوفيًا نصيبه بطريق المقاصة وابو يوسف يقول انه يتلف نصيبه لا قابضًا **قوله** والتزوج بواى نصيبه اتلاف في ظاهر الرواية وانما قيد به لانه لو تزوج احدهما المديون على حصة بعينه وصعبه حصة به ولكن لم يضف النكاح الى الدين فان الساكت يرجع عليه لانه صار مستوفيًا بطريق المقاصة اما لو اضافه الى الدين فالنكاح يتعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الابراء وهنا لا شيء فكذا هنا كذا في مبسوط شيخ الاسلام وقوله في ظاهر الرواية يحترز عن رواية بشر عن ابي يوسف انه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة وجه الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه اذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة فصار كالابراء **قوله** وكذا الصلح عن جناية العمد اى الصلح عن جناية العمد اتلاف لا قبض لانه لم يملك شيئًا بمقابلته يمكن المشاركة فيها فصار اتلافًا لنصيبه فلا يرجع وقيل قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقًا هنا ولو شح المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يرجع شريكه بشيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح **قوله** واذا كان السلم اى المسلم فيه بين الشريكين فصالح من نصيبه اى من حصته من المسلم فيه على ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ العقد السلم في نصيبه لم يجز عندهما اى بدون اجازة الشريك والحاصل ان الصلح موقوف عندهما على اجازة صاحبه فان اجازه نفذ عليهما كانهما صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وان رده بطل اصلًا وبقي المسلم فيه كله بينهما وعند ابي يوسف يجوز صلحه اجاز صاحبه او لم يجز وصاحبه بالخيار ان شاء شاركه فيما قبض ثم يتبعان المطلوب فيما بقي وان شاء اتبع المطلوب بحقه له انه دين فيجوز صلحه كسائر الديون وتخير الساكت لانه عاقد يملك الفسخ في نصيبه كما لو اشتريا عبدًا فاقال احدهما في نصيبه فانه يجوز بدون رضا الاخر **قوله** بخلاف العبد والاقالة فيه وهذا جواب عما قال كما لو اشتريا عبدًا الى اخره لان ذلك يتصرف في الحكم في حالة البقاء فلم يكن متعديًا الى ابطال العقد اذ الحكم في حالة البقاء يستغني عن العقد وهنا التصرف في ابطاله واثر في العقد وهو منعقد بهما فلا يجوز ان ينفرد بالابطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته اذ حالة الدين حالة الوجود الى ان يقبض والحكم يفتقر الى العلة ثبوتًا **قوله** فصار واجبًا بالعقد اى موجودًا بالعقد دين يثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودًا فكان يصرف احدهما كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك الشطر الاخر وحاصله انهما اعتبر جانب العقد لان به يصير المسلم فيه موجودًا بخلاف شرا العين فانه موجود قبل العقد وابو يوسف جانب الدين فما قاله ابو يوسف ظاهر لان المسلم فيه دين كسائر الديون وما قالاه ادق في الفرق كذا في المبسوط والاسرار **قوله** رجع المصالح على من عليه يعني لو جاز الصلح بغير رضا الاخر لشاركه الساكت في المقبوض واذا شاركه كان ما بقي من المسلم فيه مشتركًا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح في المسلم فيه وتقرر في راس المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم تحتمل الابطال **قوله** قالوا اى المشايخ هذا اذا خلطا راس المال وعقدا السلم اما اذا لم يخلطا وعقدا السلم وصالح احدهما على راس المال بغير اجازة فعلى الوجه الاول وهو انه لو جاز لشاركه الى اخره على الاتفاق اى جائز بلا خلاف وجوابهما كجواب ابي يوسف لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة هذا اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من راس المال والصحيح ان الخلاف في الفصلين ثابت الا ان عدم جواز

صح

الصلح ثم لعلتين وهنا بعلة واحدة كذا في الكافي وذلك لان طعام المسلم وجب بالعقد مشتركًا بينهما والعقد صفقة واحدة فيشارك احدهما صاحبه فيما قبض من الدين المشترك بينهما وفي النهاية انما وقع الاختلاف بين المتاخرين في ان اختلاف المنعقد بين في صورة الخلط او الاطلاق بسبب وضع المبسوط فان محمدًا ذكر هذه المسئلة في البيوع على الاختلاف مع ذكر الخلط وذكرها في باب الصلح في السلم مع تصريح عدم الخلط

فصل في التخارج

اخره الوقوعه بعد الحياة فلان الصلح في التركة قليل الوقوع ثم التخارج لغة اخراج كل واحد من الورثة نفقته على قدر نفقة صاحبه كذا في الصحاح وشرعًا اخراج بعض الورثة عما يستحقه من التركة بمال يدفع اليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضا غيره وشرطه ان لا يكون التركة مشغولًا بالدين كلها او بعضها وان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس وشرطه عند البعض ايضًا ان يكون اعيان التركة معلومة بانها من اى جنس هي عند الصلح **قوله** امكن تصحيحه بيعًا وانما يعتبر البيع فيه للجواز دون الابراء عما زاد من نصيبه لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فيتعين البيع **فان قيل** لو كان تصحيحه على وجه البيع لشرط معرفة مقدار حصة المخرج من التركة وفي هذا الصلح ذلك ليس بشرط بالاتفاق ذكره في التتمة **قلنا** هذا بيع لا يحتاج فيه الى التسليم وفي مثله لا يحتاج الى معرفة مقداره كما لو اقر انه غصب من فلان او اودع فلان شيئًا ثم المقر اشترى ذلك الشيء من فلان يجوز وان كانا لا يعرفان مقداره ذكره في الذخيرة وهذه هي المسئلة التي ذكرها في اخر الكتاب بقوله لكنها اعيان غير معلومة **قوله** وفيه اثر عثمان الى اخره روي عن عمرو بن دينار كان لابن عوف اربع نسوة فصالح عثمان احدى نسائه تماضر كان طلقها في المرض على ثلاثة وثمانين الف دينار ذكره في كتب الحديث وفي المبسوط بعث النبي صلى الله عليه وسلم عبد الرحمن وتحته سرية ماتى رجل الى قتال بعض المشركين فذهب وهزمهم وغلبهم وكتب الى النبي عليه الصلاة والسلام وسال ان يزوج ابنة ملكهم تماضر وهي ام سلمة بن عبد الرحمن فتزوجها وطلقها في مرضه الذي مات فيه فجعل عثمان لها الميراث في ماله ثم صالحها الورثة على ثلاثة وثمانين الفًا ولم يروا انها كانت الف دينار واختلفت الصحابة في ميراثها منه وله اربع نسوة واولاد وحظها من ميراث النساء ربع الثمن فصالحها على نصف حقها وكان ذلك بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع فهذا دليل ثروة عبد الرحمن وكان قد قاسم ماله في حياته اربع مرات في كل مرة تصدق بنصفه وامسك نصفه فيدل ذلك على انه لا باس بجمع المال واكتساب الغنى من الحل فان عبد الرحمن من عليه الصحابة والعشرة المبشرة ولكن ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال اولى لانه طريق اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه السلام احيني مسكينًا الحديث **قوله** غير ان الذي اى الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدًا اى للتركة في يده يكتفى بذلك القبض اى القبض السابق **قوله** لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه وفي شرح الطحاوي لو كان الشيء في يده بالوديعة او العارية فباعه المالك منه فههنا يحتاج الى قبض جديد ولا ينوب القبض الاول عن الثاني فاذا انتهى الى مكان يمكن من قبضه يصير قابضًا بالتخلية وفي الكافي وتجديد القبض ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن من قبضه والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله** فلا بد ان يكون اكثر من نصيبه اذ لو كان مساويًا او اقل يلزم الربا وان كان لا يعلم يلزم شبهة الربا لاحتمال الزيادة والمساواة والاقل وفي الذخيرة والتتمة قال ابو الفضل هذا في حالة التصادق

اما في حالة المناكرة بان ادعى امراة ميراثها والورثة جاحدون انها امراة الميت يجوز الصلح
بالاقل والمساوي وكذا ان كان لا يعلم لان حالة المناكرة المعطي يعطي لقطع المنازعة ولفدا اليمين
فلا يمكن فيه الربا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربا **قوله**
احترازا عن الربا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابرا لان الابرا عن الاعيان باطل لان الاسقاط
انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة فيلزم الربا كذا في
مبسوط شيخ الاسلام **قوله** جاز مطلقا اي قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا **قوله**
على ان تخرجوا المصالح بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل عنه اي عن الدين فالصلح باطل اي في
الكل في العين والدين اما في الدين لكونه تمليك من غير من عليه الدين اما في العين لانه لما فسد في
حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا لاتحاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة
ترد نقضا على ابي يوسف ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فلا يصح في حصة الزيت ويفسد
في حصة الشعير وههنا افسد الكل وهذا انما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند ابي حنيفة اما عندهما
ينبغي العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار
كبيع الحر والقن بثمن واحد **قوله** ان يبرا الغرما منه اي من نصيبه من الدين لا يرجع عليهم اي
على الغرما وهم المديون **قوله** ففي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول لعدم
تمكنهم من الرجوع على الغرما وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد
خير من الدين **قوله** قيل لا يجوز وهو قول المرغيناني لاحتمال الربا لانه يحتمل ان يكون في التركة
من كيل وموزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا وقيل يجوز وهو قول ابي جعفر
الهندواني لانه شبهة الشبهة لانه يحتمل ان يكون في التركة مكيل او موزون ويحتمل ان لا يكون وان كان
فيحتمل ان يكون اكثر من نصيبه ويحتمل ان يكون اقل وكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة
الشبهة وهي ساقطة الاعتبار وفي فتاوى قاضي خان والصحيح ما قاله ابو جعفر **قوله** لكونه
بيعا اي لكون الصلح بيعا لان المصالح عنه عين وبيع المجهول لا يصح وهو قياس مذهب الشافعي **قوله**
والاصح انه يجوز وبه قال احمد لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه لا يحتاج الى التسليم وبيع ما لا يعلم البايع
والمشتري مقداره اذا كان لا يحتاج الى تسليمه جايز كما ذكرنا من رواية الذخيرة والتتمة **قوله**
في يد البقية من الورثة اذ المسئلة موضوعة فيه حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون مقداره
لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فيفضي الى المنازعة ذكره في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** لا يجوز الصلح
ولا القسمة وكذا البيع وبه قال الشافعي في وجه لان القليل لا يمنع الارث في كل التركات وفيه ضرر بين
بالورثة **قوله** وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وذكر في الذخيرة القياس
والاستحسان من غير نسبة الى الكرخي وهكذا في مبسوط شيخ الاسلام وفيه اذا كان الدين غير مستغرق
فالقياس ان لا تقسم ولكن يوقف الكل وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرما ويقسم الباقي بينهم بنا على
ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يمنع ملك الوارث في التركة اولا فالقياس ان يمنع لان ما من جزء الا
وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان الموروث جارية حل وطيها نفيا للضرر عن الورثة
اذ لا تخلو التركة عن قليل الدين فلو امتنع الارث به لامتنع في كل التركات وفيه ضرر بين واذا ملكوا
التركة كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم بقدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض القسمة ولا ياخذ
القاضي كفيلا بشي من ذلك وفي فتاوى قاضي خان فلو كان على الميت دين فصولحت المراة عن ثمنها لا
يجوز الصلح لان الدين القليل يمنع جواز التصرف في التركة فان طلبوا الجواز فطريق ذلك ان يضمن

الوارث دين الميت من مال آخر ثم يصالحوها عن ثمنها لان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة فتخلو التركة
عن الدين فيجوز الصلح

كتاب المضاربة

وجه مناسبة
المضاربة للصلح قد مر ومحاسنها مذكور في المتن والمضاربة لغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو
السير فيها قال تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله عني بالضرب السفر للتجارة
وشرعا عقد على الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر والمراد الشركة في الربح ولا مضاربة
بدون الشركة في الربح كما ذكر في المتن وسمى اهل المدينة هذا العقد مقارضة وذلك مروي عن
عثمان مشتقة من القرض وهو القطع فصاحب المال يقطع قدرا من المال عن تصرفه ويجعل التصرف
فيه للعامل بهذا العقد ولهذا سمي كتاب المضاربة عند اصحابنا كتاب القراض الا انا ناخذ لفظ
المضاربة لانه موافق لكتاب الله وسببها تعلق بقا المقصود وركنها في ساير المعاملات • وركنها
الالفاظ التي تجب بها المضاربة وهي قوله دفعت اليك المال مضاربة او مقارضة او خذه
واعمل به على ان ما رزق الله بيننا نصفان او على ان لك خمسة او اربعة او عشرة • وشروطها
كثيرة تذكر في اثنا المسايل • وحكمها صيرورة العامل وكيلا بعد تسليم راس المال اليه قبل
ظهور الربح وبعده كونه شريكا كذا في المبسوط والذخيرة والمغرب وفي الاسرار قال اصحابنا
هي تعقد لانعقاد الشركة في الربح **قوله** وهي اي المضاربة مشروعة بما تلونا لان الضرب
للتجارة وقد يكون بمال نفسه وقد يكون بمال غيره والافضل فيه هو عليهما **قوله**
عني على فعل اذا كان زمنا لعظمه وهو اوى كالسعي الصفر بكسر الصاد الخالي يقال بيت صفر من المتاع
ورجل صفر اليدين **قوله** وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه اي لعقد المضاربة
روي ان ابن عباس ابن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به
بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله
عليه وسلم ذلك فاستحسنه ومست الحاجة الى شرعيته كما ذكر في المتن وانعقد الاجماع ايضا
عليها فان الصحابة تعاملت به من غير نكير عن احد فصار اجماعا **قوله** ثم المدفوع اليه
امانة اي الى المضارب من المال امانة ولا نعلم فيه خلاف وفي شرح الطحاوي فالحيلة ان يصير
المال مضمونا عند المضارب ان يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه
مضاربة بالنصف او بالثلث ثم يدفع اليه يستعين به في العمل حتى لو هلك في يده هلك كالقرض
واذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة • وحيلة اخرى ان يقرض جميع المال من المضارب
الا درهما واحدا ويسلمه اليه ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على ان يكون راس مال المقرض
درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشتى على ان الربح بينهما ثم بعد ذلك
يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده فالقرض عليه ولو ربح فالربح بينهما على
الشرط **قوله** لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشرا **قوله** والوثيقة
احتراز عن الرهن لانه قبضه وثيقة وكيل فيه اي في العمل لانه يتصرف له بامره ولهذا يرجع عليه بما
لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل وعند ظهور الربح شريك له في الربح لانه يحصل بالمال والعمل
فاشتركا فيه ولا مضاربة بدون الشركة **قوله** واذا خالف كان غاصبا وبه قالت
الايمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي لا ضمان على من شورك في الربح وبه قال الحسن والزهري
وقلنا هذا تصرف في مال الغير بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب بالنصوص **قوله** لو شرطه
كله اي كل الربح لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميع الربح للمضارب كان قرضا وقال مالك يكون

بشرط ان لا يرجع في التركة
او بعض الاجنبي بشرط
براءة الميت او
يؤدي دين
الميت من مال
اخر
م

مضاربة صحيحة في الصورتين لانهما دخلا في القراض فاذا شرط لاحدهما كله وكانه وهب للاخر نصيبه ربه فلم يمنع صحة العقد وقال الشافعي واحمد اذا قال خذه مضاربة والربح لي او لك يفسد عقد المضا لانه يقتضي ان يكون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص الربح لاحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيفسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان وقلنا لما اثبت له حكم الابضاع او القرض ينصرف اليه كما لو قال خذه قرضا او بضاعة او قال خذه واتجر به والربح لي او لك لان اللفظ يصلح لهما فكذا هذا ولا نفسد بهذه الالفاظ للاختلاف وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب **قوله** الا بالمال الذي تصح به الشركة وبه قال الشافعي ومالك واحمد وماكيف في بعض كتب اصحابنا ان عند مالك تصح المضاربة بالعروض لم نجده في كتبهم بل ذكر فيها لا تصح بالعروض وقال ابن ابي ليلى يجوز بكل مال فان كان له مثل رد مثله وان لم يكن له مثل رد قيمته لان العروض مال متقوم يسترح عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود من التجارة وكما يجوز انتقا المضاربة على العروض فكذا يجوز ابتداؤها بها وقلنا نهى النبي عليه الصلاة والسلم عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بها يؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربما يرتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها وحصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقد فانه يشتري بها وانما يقع الشرا بثمن مضمون في ذمته فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن والمكيل والموزون يتعين في القبض كالعروض واول التصرف بها يكون بيعا وقد يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص السعر بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشرا فيكون هذا استيجارا للبيع باجرة مجهولة وذلك باطل كما في العروض كذا في المبسوط **قوله** وتقدم بيانه من قبل اي في باب الشركة وتقدم الخلاف هنا بتمامه **قوله** واعمل مضاربة في ثمنه جاز وقال الشافعي ومالك واحمد لا يجوز لجهالته ورأس المال اذا كان مجهولا لا يصح العقد والعرض لا يصلح رأس المال وقلنا لم نضف المضاربة الى العرض بل اضافه الى ثمنه وثمنه يصلح رأس مال المضاربة وعقد المضاربة يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل لانه وديعة ووكالة واجارة وشيء من ذلك ليس مما يمنع صحة الاضافة الى المستقبل ولا جهالة في زمان انعقاد العقد بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي على زيد واعمل به مضاربة جاز لانه اضاف العقد الى زمان القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عينا فيصلح ان يكون رأس المال اما في قوله بالدين الذي عليك لا يصير عينا بل دينا والمضارب امين ابتدا ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين لان الدين مضمون على المديون **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه يقبل الاضافة عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل وهو انه لو وكله بشرا شيء بما في ذمته لا يصح عندنا خلافا لهما لان الدراهم او الدنانير اذا كان عينا لا يتعين بالتعيين في العقد فالدين اولى واذا لم يتعين بقي الامر بالشرا ثم امره ان ينقد ما عليه وكان جائزا وابو حنيفة يقول لا يتعين في الشرا ولكنها يتعين في الوكالة فاذا امره بالشرا بها فقد امره بما لا يتصور لان المضاربة يقتضي ان يكون رأس المال فيها مما لا يتعين بالتعيين فلم يصح الامر فوقع الشرا للمامور وقد مر في باب الوكالة في البيوع و**قوله** وقد مر في البيوع اي بيوع الوكالة لا في كتاب البيوع وفي الجبارية على ما مر في البيوع انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو حرام وعندهما يصح التوكيل كما ذكرنا ومع هذا لا يصح المضاربة عندهما ايضا لان الشرا وقع للموكل فيكون المضاربة بعد ذلك بالعروض ولا بد منها اي من الشركة في الربح **قوله** فان شرط الفا للتفسير زيادة عشرة اي على ما شرطنا فله اي للعامل اجر مثله لفساده اي لفساد عقد المضاربة ولا خلاف في فساد العقد لاحد قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ

بالانفصال لا يصح الوكالة لا بالشراء والمضاربة

منه من اهل العلم على فساد المضاربة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة **قوله** كما بينا في الشركة وقد بينا تمام خلاف الائمة فيه في الشركة **قوله** في رواية الاصل اي المبسوط وبه قال الشافعي واحمد في رواية لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف لا يجب اذا لم يربح وبه قال مالك في رواية وبعض اصحاب احمد اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها اي الصحيحة فوقها اي فوق الفاسدة في اقتضاء حكمها وفي استحقاق الربح اذ الفاسد ياخذ حكم الصحيح في العقود وقلنا نعم كذلك اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل ولو تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل كذا في المبسوط وحكي عن مالك لا اجر له في المضاربة الفاسدة ويرجع الى قراض المثل وعنه يجب اجر المثل والفرق على رواية القراض انه لا يستحق شيئا ان لم يكن في المال ربح وفي اجر المثل يستحق **قوله** غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحة وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي المبسوط عن ابن سماعة عن محمد انه يضمن المال فقيل ما ذكر في الكتاب قول ابي حنيفة وهو بنا على اختلافهم في الاجير المشترك لان له اخذ المال بهذا الطريق اذا تلف المال في يده هل يضمن وهذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له اخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ولا ضمان على الاجير المشترك عنده خلافا لهما وبه قال الطحاوي **قوله** ولانه اي رأس المال عين مستاجرة وفي بعض النسخ عين مستاجر يعني استوجر المضارب ليعمل هو لا غير فلا يضمن كاجير الواحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب اجير وحد من حيث انه لا يمكنه ان يواجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد قال ابو جعفر الهندواني غير مضمون عند الكل والفرق لهما بين الاجير المشترك وبين المضارب ان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معنى من حيث ان المضارب ابتغى بعمله عوضا ومضاربة لفظا فعملنا بالمعنى فاوجبنا له اجر المثل ربح او لا كما لو استاجره وعملنا باللفظ وجعلنا المال امانة في يده فاما الاجارة الفاسدة اجارة لفظا ومعنى فيكون المال مضمونا عند الاجير المشترك عندهما الا ان يكون الهلاك بامر لا يمكن التحرز عنه كذا في الذخيرة **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد اي عقد المضاربة ولا نعلم فيه خلافا وذلك نحو ان شرط المضارب ان يسكن رب المال داره سنة او يزرع ارضه سنة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح وكذا لو ردد في الربح يفسد ايضا نحو ان يقول لك نصفه او ربعه **قوله** وغير ذلك من الشروط الفاسدة اي الشروط التي لا توجب الجهالة في الربح لا يفسدها اي المضاربة بل يبطل نفس ذلك الشرط وبه قال مالك والشافعي واحمد وعن الشافعي واحمد يفسد العقد لانه شرط فاسد فصار كما لو شرط لاحدهما دراهم مسماة وقلنا لا يفسد بالشرط كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة ولانه لا يؤدي الى جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة في الربح لان ذلك يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد اذ العقد شرع لاثبات موجبه ولهذا لو شرط عمل رب المال مفسد العقد وان لم يوجب جهالة في الربح لانه شرط يمنع موجب العقد اذ موجبه تسليم المال الى المضارب وذا يمنعه ذكره في الذخيرة **قوله** كاشتراط الوضيعة اي الخسران على المضارب وفي الايضاح والذخيرة عليهما وفي التحفة عليه او عليهما **قوله** ولا بد ان يكون المال مسلما اليه ولا نعلم فيه خلافا **قوله** لم ينعقد الشركة لان الشركة انعقدت على العمل منهما فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد اصلا كذا في الايضاح **قوله** وشرط العمل على رب المال مفسد لما ذكرنا

انه شرط يمنع موجب العقد ولا نعلم فيه خلافا وفي الذخيره حكى عن الفقيه محمد بن ابرهيم الضرير
انه لو شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده مع يد اله وان يتصرف المضارب في
جميع المال مع يد اله جازت المضاربه وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب اذا شرط العمل
جمله لانه حينيذ لا يصير المال مسلما الى المضارب **قوله** او غير عاقد كالصغير صورته ان
الاب او الوصي لو دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لا يجوز لان الصغير اذا كان مالكا كانت
يده على المال بجهة الملك كالكبير فبقا يده يمنع كونه مسلما اليه **قوله** وشرط عمل صاحبه اي
تفسد العقد لان للشريك فيه ملكا وان لم يكن عاقدا فيمنع صحه الدفع مع قيام يد المالك **قوله**
وان لم يكن من اهل المضاربة فيه اي في المال كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب
فيفسد العقد لان يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فينزل منزله المالك فيما يرجع
الى التصرف وكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة ولو كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ذلك المال مضاربة
لم يفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا بانفسهما بجزء
من الربح يصح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل ما يجوز ان يكون المرء فيه
مضاربا وحده جاز ان يكون مضاربا فيه مع غيره وهذا لان تصرف الاب او الوصي واقع للصغير
حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخلية من قبل الصغير
لانه رب المال وقد تحققت وفي الايضاح لو شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب لا دين عليه
يفسد العقد لان المولى مالك للمال فاذا حصل في يده فقد وجد يد المالك فلا تتم المضاربة وان
كان عليه دين يصح المضاربة في قول ابي حنيفة لانه حق للمولي فيه فصار كالاجنبي اما لو شرط المكاتب
عمل مولاه لا يفسد لان المولي لا يملك ان ينزع المال من يده اصلا فكان كالاجنبي **قوله** واذا
صحت المضاربة مطلقه اي بان لا يكون مقيده بزمان ولا مكان في الذخيره دفع المال مضاربه
بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربه مطلقه جاز للمضارب ان يعمل ما هو من عاده التجار ان
يبيع ويشتري بثمن المثل وبما يتغابن الناس فيه عند ابي يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد لانه
وكيل وعند ابي حنيفة يجوز باي ثمن كان ولو باع بالنسيئة يجوز عندنا كما يجي في فصل ما يفعله المضارب
وعن ابي يوسف ليس له ان يسافر بغير الاذن وبه قال الشافعي واحمد في روايه لان فيه تعريض المال على
التوى بلا ضرورة **قوله** والظاهر ما ذكر في الكتاب اي ظاهر الروايه وبه قال مالك وهو
ان المضاربه مشتقه من الضرب في الارض الى اخره ولان العادة جارية بالتجاره سفرا وحضرا
فيدخل تحت مطلق المضاربة ولان للمودع يجوز ان يسافر بالوديعة مع عدم تمكنه من التصرف فيه
فالمضارب اولى لقدرته على التصرف فيه **قوله** ولا يضارب الا باذن رب المال وبه قال
الشافعي واحمد ولا نعلم فيه خلاف عن غيرهم **قوله** اعمل برايك يعني يجوز له ان يضارب حينيذ
عندنا وعند احمد والشافعي لا يجوز في هذه الصورة بغير الاذن ايضا **قوله** لان الشيء لا
يتضمن مثله اي لا يستتبعه لتساويهما في القوة كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره وهذا بخلاف المستعير
والمكاتب والمستاجر فانه يجوز للمستعير ان يعير وللمستاجر ان يواجر وللمكاتب ان يكاتب وكذا
العبد الماذون يجوز له ان ياذن عبده في التجارة لان الكلام في التصرف نيابة وهؤلا يتصرفون
بحكم المالكيه اذ المستعير والمستاجر ملكا المنفعه والمكاتب صار حرا يدا والعبد الماذون
يتصرف بحكم المالكيه الاصليه اذ الاذن بالتجاره فك الحجر عن التجاره ثم بعد ذلك العبد يتصرف
بحكم المالكيه ولهذا الاذن بالتجاره لا يتخصص عندنا اما المضارب يعمل بطريق النيابة لانه في

المضاربه معنى الوكاله والوديعة والوكيل لا يوكل غيره فكذا المضارب ولان الاذن في التجاره
لما كان يتناوله على التعميم في انواع التجارة يتناول الاذن ايضا لان الاذن من صنيع التجارة فلكه
الماذون اما المضاربة فليست من اقتضا التعميم مثل الاذن الا ترى انها تخصص بهما ولان المضاربة
وان كانت تتناول المضاربه من حيث انها من صنيع التجار لكن لا يتناولها من حيث ان فيها معنى الامانة
والوكاله والاصل عدم التناول فلا تتناول المضاربه بالشك كذا في الذخيره وغيرها **فان قيل**
المضارب باذن لعبد من مال المضاربة في التجارة والاذن في التجاره بمنزله الدفع مضاربه والفرق
على الظاهر ان الماذون لا يصير شريكا في الربح فيكون الاذن نظير الابضاع لا نظير الدفع مضاربة والشركه
به كذا في المبسوط **قوله** لانه لا يجوز الزيادة عليه اي على القرض فانه لو اقرض عشرة ليستوفي
احد عشر لا يجوز فلما لم يحصل الربح به لا يكون من صنيع التجار فلا يتناوله المضاربة **قوله** تحت هذا
القول وهو قوله اعمل برايك لان الشركه والخلط من صنيع التجار وتدبير الخلط والشركه اصلح له
فيملك بهذا القول وبه قال مالك والثوري واحمد وقال الشافعي ليس له الشركة والخلط ولو فعل
يضمن لان ذلك ليس من التجارة **قوله** لم يجز ان يتجاوزها وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك
اذا شرط ان لا يشتري الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او ما لا يعم وجوده لا يصح المضاربه لانه يمنع
مقصود المضاربه وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط ان لا يبيع ولا يشتري الا من فلان وان
لا يبيع الا بمثل ما اشترى به فلان وقلنا انه يملك التصرف بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقيد
مفيد وهذا معنى قوله وفي التخصيص فايدة والفايدة من وجوه احدها صيانة ماله عن خطر
الطريق فان المال في السفر يعرضه للتلف اليه اشار النبي عليه الصلاة والسلام في قوله المسافر
وماله على قلت اي هلاك الا ما وقاه الله تعالى وثانيها صيانة ماله عن خيانه المضارب فانه لو
عين عليه بلدا لو قصد الخيانه لمنعه عنها وثالثها ان الاسعار تختلف بحسب الغلا والرخص وتختلف باختلاف
البلدان وكذا النقود تختلف باختلافها فكان الشرط مقيدا كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان واما قولهم
انه يمنع المقصود ممنوع بل يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويحرر بقوله في بلد بعينه عن
السوق بعينه فانه لا يتقيد بذلك بالاجماع الا اذا صرح التخصيص بالنهي صريحا بان قال لا تعمل في غير
هذا السوق فحينيذ يتقيد كما يجي **قوله** فاشترى ضمن لم يرد به ابتدا اصل الضمان واجب عليه بمجرد
الاخراج لكن اراد به استقرار الضمان على ما ذكر في الكتاب وكان ذلك اي المشترى له اي للمضارب خاصا
لانه تصرف اي الاخراج او الشرا تصرف في ملك غيره بغير امره فيصير غاصبا فلم يبق مضاربا واشترى
بعضه في المصر اي في المصر الذي عينه و**قوله** لما قلنا اشاره الى قوله لبقايه في يده بالعقد السابق
قوله الا اذا صرح بالنهي الى اخره **فان قيل** يشكل على هذا ما ذكره في الذخيره انه قال
بع بالنسيه لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيه لا يتفاوت **قلنا** هذا
مخالفه بالخير فلا يكون مخالفه خلافا لزفر لانه مخالفه بالخير ولان التقيد بالسوق والنهي عن غير السوق
مفيد من وجه من حيث ان الكوفه ذات اماكن مختلفة حقيقة وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في
محله ليس له ان يحفظها في محله اخرى وقد يكون الاسعار مختلفة باختلاف الاماكن في مصر واحد وغير
مفيد من وجه من حيث ان المصر مع تباين اطرافها كبقعه واحدة كما في السلم اذا شرط الايفا صح وان
لم يبين المحله فلما كان كذلك اعتبر ما ذكر السوق حالة النهي ولا يعتبره حالة الامر بخلاف الامر بالبيع
نسيه والنهي عن البيع بالنقد فانه غير مفيد من كل وجه فلم يعتبر في الحالين كالامر بحفظ الوديعه
والنهي عن الوضع عن يده ليلا ولا نهارا وهذا النهي لغو كذا هذا كذا في الذخيره وجامع المحبوبي **قوله**

او قوته كما ذكرنا **قلنا**
قد روى ابن رستم عن محمد
انه لا يملك الاذن
في التجارة
بمثله
الخ
م

ومعنى التخصيص اى اللفظ الذى يستفاد منه التخصيص هذه الالفاظ دفع اليك المال مضاربة على ان تعمل به بالكوفة او ليعمل به بالكوفة او لتعمل به بالكوفة مجزوما او مرفوعا او قال فاعمل به بالكوفة او قال دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة وقوله تعمل يجوز مرفوعا على الحال ومجزوما على جواب الامر **ثم اعلم** ان مجموع الالفاظ ثمانية ستة تفيد شرطا وهو قوله دفعته اليك مضاربة بالنصف على ان تعمل بها بالكوفة او لتعمل بها بالكوفة او تعمل بالكوفة بالجزم او تعمل بالرفع او فاعمل به بالكوفة او دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة واثنان مشورة وهو قوله خذه مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير الواو او قال واعمل بالكوفة بالواو والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتدا ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يحمل مبنيا عليه كيلا يلغو الكلام كما فى الالفاظ الستة وان استقام الابتدا به لا يبنى على ما قبله ويحمل ابتداء كما فى اللفظين الاخيرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة وكان له ان يعمل بالكوفة وغيرها فلا يصير ضامنا بالاخراج منها اليه اشار فى الذخيرة وجامع المحبوبى وفى المبسوط فى قوله فاعمل به ان قوله فاعمل به تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا اعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به فى معنى التفسير ايضا لان الفا للوصل والتعقيب الذى يتصل بالكلام المبهم ويعقبه تفسيره وكذا قوله خذه مضاربة بالنصف بالكوفة لان البا للالصاق فكذلك يقتضى ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل وانما يتحقق الالصاق اذا اعمل بها وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان فى للظرف والمكان وانما يكون ظرفا للعمل اذا كان حاصلا فيه فهذا كله اشتراط العمل فى الكوفة **قوله** لان الواو للعطف والشى لا يعطف على نفسه بل على غيره وقد تكون الواو للابتدا خصوصا بعد الجملة الكاملة و**قوله** خذه مضاربة بالنصف جملة تامة و**قوله** واعمل به عطف عليه او ابتدا فتكون مشورة اشار به لا شرطا فى الامر الاول ولا يحمل الواو للحال كما فى قوله اد الى الفا وانت حر لانه غير صالح ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ مع ان الواو للحال مجاز وانما يصار اليه عند تعذر العمل بالحقيقة ولا حاجة ههنا الى حمل الواو على الحال اليه اشار فى المبسوط **قوله** صح العقد وليس له ان يشترى به من غيره وبه قال احمد وقال الشافعى ومالك لا يصح لما ذكرنا انه مناف لمقتضى العقد فلا تصح المضاربة قلنا التقييد مفيد لتفاوت الناس فى القضا والاقتضا ولا نسلم انه مناف لمقتضى العقد **قوله** لان فايدة الاول وهو قوله ان يشترى بها من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة حتى لو اشترى وباع بالكوفة من غير اهلها جاز ولا يقال فى هذا عدول عن ظاهر اللفظ فان ظاهره يقتضى شراه من كوفى لا من غير كوفى سوا كان فى الكوفة او فى غيرها لانا نقول نعلم من حال عقل رب المال ان مراده ذلك لا مقصوده حفظ ماله وذا انما قلنا لانا نعتبره ظاهر اللفظ وذلك لان اهل الكوفة جم غفير غير محصور وكانوا على آرا مختلفة وطبايع مختلفة لا يتفقون فى المعاملة فى السهولة بل منهم من يستقصى ومنهم من يتساهل فعلمنا بهذا ان مراده تقييد التصرف بالكوفة سوا كان تصرفه مع اهلها او لا اليه اشار فى المبسوط وفيه نوع تامل **قوله** وفايدة الثانى وهو قوله ان يشترى من الصيارفة التقييد اى كان هذا من رب المال تخصيصا بالنوع وهو نوع الصرف حتى كان له ان يشترى من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لانه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه بل بحصر من يعامل بذلك النوع مع انهم آرا مختلفة علم ان مراده تخصيص نوع الصرف

قوله لانه اى عقد المضاربة توكيل وتوقيت اى يصح توقيته وبه قال احمد فى ظاهر روايته وقال الشافعى ومالك واحمد فى رواية لا يصح توقيته لانه يودى الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح فى بيع المتاع بعد الوقت المعين ولانه ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة لانه قد يكون المال ناضا فيحتاج الى البيع وقال بعض اصحاب الشافعى ان شرط المدة على ان لا يبيع بعدها لم يصح وان شرط على ان لا يشترى بعدها صح وقلنا فى التوقيت فايدة فيصح كالتوقيت بالنوع ولرب المال منعه من البيع والشرا اذا رضى ان ياخذ براس ماله عرضا فقد شرط ما هو مقتضى العقد فيصح **قوله** او غيرها اى غير القرابة كالمحلوف بعتقه وبه قال اكثر الفقها اذا كان بغير اذن رب المال وان كان باذنه يصح وتفسخ المضاربة اما الوكيل بالشرا لو اشترى من يعتق على رب المال يصح ولا يصير مخالفا لانه اطلق الوكالة اطلاقا وفى المضاربة لم يطلق بل قيدها بوصف وهو الشرا انما يظهر الربح فيه بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على بيعه فقد خالف فلا يقع على المضاربة ولهذا لو قيد الوكالة بقيد بان قال اشتر لى جارية او عبدا ابيعه فاشترى عليه من يعتق عليه صار مخالفا كما فى المضاربة كذا فى شرح الطحاوى و**قوله** بخلاف البيع الفاسد متعلق بقوله سوا انما لا يملك بالقبض اى لا يدخل فى عقد المضاربة ذلك ويدخل البيع الفاسد لان المبيع يملك بالقبض فلا يكون المضارب مخالفا بالبيع الفاسد وعند الائمة الثلاثة فى البيع الفاسد لا يملك بالقبض كالباطل كما لو اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة او دما او مكاتبا او ام ولد او اشترى ثوبا بميتة او دم لانها لا تملك بالقبض فلا يدخل تحت الاذن اما لو اشترى ثوبا بخمر او خنزير لا يكون مخالفا عندنا وعندهم يكون مخالفا **قوله** ولو فعل اى اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه وضمن الثمن ان نقده من مال المضاربة وقال مالك ان كان العامل عالما موسرا عتق وكان ولاؤه لرب المال وعلى العامل غرم ثمنه وان كان العامل عالما معسرا بيع منه بقدر راس المال وان كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل ولهذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته فيه ذكره فى الجواهر وقلنا هذا ضمان الاتلاف ويستوى فيه العلم والجهل وفى المبسوط رب المال بالخيار ان شاء ضمن البايع ويرجع البايع بمثله على المضارب وان شاء ضمن المضارب لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه **قوله** متى وجد نفاذا مضى به لانه اذا لم يجد نفاذا عليه يتوقف كما لو اشترى العبد المحجور والصبى المحجور شيئا يتوقف شراؤهما على اجازة المولى والولى **قوله** من يعتق عليه اى على المضارب لم يجز شراؤه وبه قال الشافعى فى قول وقال فى قول يصح ولا يعتق لانه لا يملك الربح بمجرد الظهور بل يملكه بالقسمة فى وجه وبه قال احمد فى وجه ومالك وفى قول يصح ويعتق نصيبه وبه قال مالك واحمد فى رواية وان لم يكن فى المال ربح يصح شراؤه باجماع الائمة الاربعة **قوله** فان ازداد ذات قيمته عتق نصيبه اى نصيب العامل وبه قال الشافعى فى وجه ومالك فى رواية واحمد فى رواية ولا يضمن لرب المال شيئا وقال الشافعى واحمد فى وجه ومالك فى رواية يضمن ان كان موسرا وقلنا لا صنع له فى تملكه الزيادة فصار كما لو ورثه مع غيره صورته امراة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج واخا يعتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لاخيها **قوله** ويسعى العبد فى قيمة نصيبه اى نصيب رب المال وبه قال الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومالك ان كان المضارب معسرا احتبست ماليته اى مالية العبد عنده اى عند العبد **قوله** والمدعى موسر قيد به لنفى الشبهة وهى ان الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان اعتاق فى حق المولى وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فينبغى ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن وفى المعنى لان تدامة ان ظهر الربح فى المال يصح

دعوته وتصير الجارية ام ولد له ويعتق الولد بالقيمة وان لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق
لانه علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطي في رواية ان ظهر
ربح قبل العلوق وحملا على فراش النكاح وهو الاستيلاد بالنكاح لانه اي ادعا الولد لم ينفذ لفقد
شرطه وهو الملك وشبهته فيكون الولد رقيقا **قوله** اذا صار عينا كما لو اشترى بمال المضاربة
عبدا او عبدا او قيمة كل واحد يساوي راس المال لا يظهر الربح عندنا وعند زفر يظهر لتعين الجارية
لراس المال وقلنا ليس احدهما باولى من الاخر فلا يتعين واذا كان كذلك لا يكون للمضارب نصيب لا
في الجارية ولا في ولدها حتى لو اعتقهما المضارب لا ينفذ عتقه فلم يصح الدعوة ويضمن المضارب
عقر الجارية لاعترافه بوطي جارية مملوكة لرب المال وقد امتنع وجوب الحد لمكان الشبهة وكان العقر
في المضاربة وللمضارب ان يبيعها وولدها جميعا وبه قالت الائمة الثلاثة في رواية **فان قيل**
يشكل على قوله ان مال المضاربة اذا صار اعيانا لا يظهر الربح اذا كان راس المال الف درهم
فاشترى عبدا يساوي الفين كان له الربح وكذا لو اشترى فرسين كل واحد يساوي الفا كان له
ربعهما **قلنا** هذا انما يستقيم على مذهب زفر في اساس مذهبه وقلنا ان الربح لا يظهر الا بعد تحصيل
راس المال ومن مذهب ابي حنيفة ان العبيد لا يقسمون جملة بل كل واحد يكون بينهما
على حاله واذا اعتبر وحده لم يفضل شي عن راس المال بخلاف الفرسين لانهما يقسمان جملة
واذا اعتبر جملة ظهر الربح وكذا لو كان العبد واحدا او عندهما العبيد يصير له اجناس مختلفة
حكما الا ان يرى القاضي الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك ولم يوجد ذلك في مسئلتنا كذا في الاسرار
قوله فنفذت الدعوة السابقة وثبت النسب منه لان الدعوة كانت صحيحة حملا للامر على
الصلاح بحكم النكاح ولكن لم ينفذ لعدم الملك بخلاف ما اذا اعتق المضارب الولد ثم ازدادت
قيمة الولد فانه لا يصح الاعتاق السابق لانه انشاء فابطل لعدم الملك لا ينفذ بعده اما هذا
اي ادعا النسب اخبار الى اخره عتق الولد عندهما وفسد الملك في الباقي عنده **قوله** ولا
يضمن لرب المال شيئا موسرا كان او معسرا لان نفوذ العتق لمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه وهو
ظهور الربح فيه فصار كما لو ورث بعضه وقال الشافعي في وجه واحمد في رواية ومالك يضمن له
حصته ان كان موسرا لوجود الصنع منه وهو دعوة النسب فيضمن اذا ملكه وقلنا الاعتاق
حصل ههنا بالدعوة وزيادة القيمة فكان الملك اخرهما وجودا فيضاف الحكم الى الملك اصله
مسئلة السفينة والقدح الاخير ودليله ما روي عن ابي بكر رضي الله عنه ان رجلا اقر بين يديه بالزنا
ثلاثا فقال اياك والرابعة فانها الموجبة وقد ثبت الملك للمضارب ههنا بلا صنعه لحصوله بتغير
السعر ولم يوجد اي التعدي اذ التعدي لا يثبت بغير صنعه **قوله** لان الالف الماخوذ اي
من الاستسعاء دراهم فكان هو من جنس حقه كان هو اولى بالاستيفاء من الجارية **قوله** بخلاف
ضمان الولد فانه ضمان اعتاق فلا بد فيه من التعدي ولم يوجد ولما صارت الجارية ربحا بعقرها الواجب
على المضارب يصير ربحا ايضا فيكون بينهما **قوله** الى ما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب
والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي وقاضي خان • والله اعلم

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة
الاولى ذكر في هذا الباب حكم الثانية اذ الثانية تتلو الاولى والثانية مركبة والمركب يتلو المفرد
ثم المضارب اذا دفع لاخر مضاربة وان لم يملك بغير اذن رب المال وقد مر لم يضمن بمجرد الدفع
وهو ظاهر الرواية وعند زفر ورواية عن ابي يوسف يضمن بمجرد الدفع فيضمن الاول بالدفع والثاني

بالاخذ وصار كالمودع اذا اعار الوديعة من غيره كذا في المبسوط وقلنا لا يصير مخالفا بمجرد الدفع
لان نفس الدفع ايداع وله ولاية الايداع فاذا عمل صار مخالفا عندهما لتقرر كونه مضاربا **قوله**
والحال مراعى فيه اي قبل العمل اي الحال موقوف ان عمل ضمن والا فلا وابو حنيفة يقول يملك الدفع للعمل
فيه لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح وهذا اي الضمان عليهما عند الربح او العمل على الاختلاف
اذا كانت المضاربة صحيحة اطلق لفظ المضاربة ولم يذكر ان المراد بها المضاربة الاولى او الثانية او
كل منهما فيتناول الكل لكن ما ذكر في الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جائزتين
اما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الضمان بسبب اشتراك الثاني في الربح ولم يوجد لان
المضارب استاجر الثاني ليعمل في المال وله ذلك ولا ضمان على الثاني لانه اجير فلا ضمان على واحد منهما
ثم كذا لو كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا انه استاجر الثاني وكذا ان كانت الاولى
فاسدة والثانية جائزة لان الاولى لما كانت فاسدة لا تنعقد الشركة في الربح فكذا الثانية فاسدة فلا تثبت
الشركة في الثانية هذا كله من الذخيرة اما عند زفر والائمة الثلاثة اذا تلف المال في يد الثاني فالمالك
يخير في التضمين لحصول المخالفة بمجرد الدفع سواء عمل او لم يعمل كما في الغاصب مع غاصب الغاصب **قوله**
وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية ان لم يعلم بحال
المضارب الاول وان علم لم يرجع عليه بشي رواية واحدة وقيد بالعقد اي يرجع اليه بسبب العقد
لانه بالعقد التزم سلامة المعقود عن الضمان فاذا لم يسلم يرجع عليه وفي بعض النسخ بالعهدة اي بالضمان
لما ذكرنا انه التزم له سلامة المقبوض **فان قيل** ينبغي ان يفسد الدفع الى الثاني لانه في ضمن
المضاربة الاولى فيفسد بفساده **قلنا** الدفع امر حسي والاقتضا لا يثبت في الحسي وانما هذا
في امر شرعي لانه اي المضارب الثاني عامل له اي للاول فيه اي في ذلك العمل ولا يقال هذا تناقض
حيث قال اولا ان الثاني عامل لنفسه فيه لانا نقول ما قال ذلك بحسب اختلاف الجهة لان المضاربة
مشتملة على عقود فالثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتدا
مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لاختلاف الجهة **قوله** كما في
المودع اي مودع الغاصب فانه يرجع على الغاصب **قوله** والربح بينهما اي بين المضاربين على ما
شرطا وقال الشافعي واحمد الربح لمالكه ولا شي للمضارب الاول وللثاني اجر مثله على الروايتين
وفي الحلية بني على القولين في الغاصب اذا اشترى في الذمة ونقد له المال المغصوب وربح فان
قلنا بالقول القديم فالربح لرب المال وان قلنا بالجديد فالربح للعامل الاول وللثاني اجر مثله
قاله المزني وقيل للثاني وقال مالك ان اتفق الجزءان فالربح بين رب المال والعامل الثاني ولا شي للاول
وان اختلفا وكان الاول اكثر فالزائد للمالك وان كان اقل فلرب المال شرطه ويرجع العامل الثاني
على العامل الاول وقيل للعامل حصته كاملة ويرجع المالك على الاول بباقي حصته وقلنا ان
الضمان استقر على الاول فثبت الملك له فكانه ضمنه ابتداء بخلاف ما اذا ارتهن من اخر عبدا فابق
من يد المرتهن ثم استحق العبد فان ضمن الراهن صح الرهن كما صحت المضاربة هنا وسقط دين
المرتهن وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن على الراهن وبالدين ايضا ولا يصح الرهن مع ان قرار الضمان
على الراهن وههنا صحت المضاربة مع اقرار الضمان على الاول ذكره في المسئلة في المغني والفرق
ان استرداد القيمة كاسترداد العين فينقض قبض المرتهن باسترداد المستحق القيمة وبدون
قبضه لا يكون مرهونا وههنا ايضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكن لا يعدم به ابتدا اليد
للمضارب على المال واستدامته ليست بشرط لحكم المضاربة حتى لو رد المضارب على رب المال

واستعان به على العمل كان الربح بينهما على الشرط ولو رد المرتهن الرهن على الراهن بعارية وغيرها
يخرج من ضمان الرهن كذا في المبسوط **قوله** لا يعرى عن نوع خبث اذ الملك الحاصل باداء الضمان
مستند ثابت من وجه دون وجه **قوله** هو بيننا نصفان وفي المبسوط وكذا لو قال ما كان في ذلك
من رزق فهو بيننا نصفان او قال خذه مضاربة بالنصف فالحكم واحد فينصرف تصرفه اي تصرف المضارب
الاول الى نصيبه وان لم يكن على قدر نصيبه كاحد الشريكين في العبد اذا باع لمثله وتطيب لهما
اي للمضارب والثاني وفي المغني لابن قدامة ولو ضارب المضارب الاول وكيلا لرب المال في ذلك
فاذا دفعه الى اخر ولم يشترط لنفسه شيئا من الربح كان صحيحا وان شرط لم يصح الثاني له لانه
ليس من جهته مال ولا عمل والربح انما يستحق بواحد منهما وقلنا فعل الثاني واقع كمن استاجر رجلا
على خياطة ثوب بدرهم واستاجر الخياط اخر بنصف درهم **قوله** على ان ما رزقك الله الى اخره
وكذا الحكم لو قال ما ربحت في هذا من شيء او قال على ان ما كان لك من فضل الربح او قال على ان
ما كسبت فيه من كسب او قال على ان ما رزقت فيه من شيء او قال على ان ما صار لك فيه من
ربح فهو بيننا نصفان او قال اعمل فيه برايك ففي جميع هذه الصور للمضارب الثاني ما شرط
والباقي بين المضارب الاول ورب المال لهذه الالفاظ ما شرط لنفسه نصف جميع بل شرط نصف
ما حصل الاول من الربح لانه اضاف اليه بحرف الخطاب وهو الكاف والتاء بخلاف الاول حيث
شرط لنفسه نصف ربح جميع المال كذا في المبسوط **قوله** لانه اي رب المال جعل لنفسه
نصف مطلق الفضل ولا يسلم له النصف المطلق الا وان يصرف وشرط المضارب الاول النصف
الثاني الى نصيبه خاصة فانصرف اليه فاذا انصرف الى نصيبه خرج من البين بخلاف الفصل الاول حيث
شرط رب المال لنفسه نصف ربح منسوب الى المضارب الاول حيث قال ربحت او ما رزقك الله اليه
اشار في الذخيرة **قوله** وهو اي الغرور في ضمن العقد سبب الرجوع قيد الغرور في ضمن العقد
لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لاخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن
فدخل فيه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه **فصل** هذه المسألة
تجانس الاولى من حيث اشتراط المضارب في الربح وتخالفها من حيث ادخال عبد رب المال في
استحقاق الربح فصلها بفصل **قوله** وثلث الربح لعبد رب المال فالمقصود بعبد رب المال لا
للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا اكل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة
رب المال وكذا لو شرط لاجنبي وكذا اكل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل
قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وفي غيره لا خلاف وعند
اكثر اصحاب الشافعي وظاهر قول احمد ومالك يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا وعند قول
البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال وقلنا اشتراط العمل
عليه لا يمنع من التسليم والتخلية لان يده معتبرة بخلاف اشتراط على رب المال فانه مانع من التسليم
والتخلية كما ذكر في المتن ولان عمل الغلام كمال سيده فصح ضمه اليه كما صح ان يضم بهيمته يحمل عليها
قوله فهو جائز سواء كان على العبد دين او لم يكن لما ذكرنا ان عبد رب المال في حق المضارب
كعبد الاجنبي **قوله** ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون اي اذا كان مأذونا وعليه دين
يجيء في المأذون ان شاء الله تعالى **فصل في العزل والقسمة**
لما ذكر حكم المضاربة شرع في بيان ما يبطله • تبطل المضاربة بموت رب المال او المضارب ولا نعلم
فيه خلافا **قوله** ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد

جاز جميع ما فعل المضارب من البيع والشراء وكان عقد المضاربة على ما كان بخلاف الوكالة
حيث يعود الموكل مسلما لا يعود الوكالة لخروج محل التصرف عن ملكه وفي المضاربة لا يبطل
لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط لانه اي المضارب يتصرف له اي لرب المال فصار
كتصرفه بنفسه مرتدا فكان موقوفا عند ابي حنيفة لان تصرف نائبه كتصرفه **قوله** فالمضاربة على
حالها اي بالاتفاق لان عند ابي حنيفة انما يتوقف تصرفاته لمكان التوقف في املاكه ولا ملك للمضارب
ههنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة ولا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة والعهدة في
جميع ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة فصار كالصبي المحجور عليه اذا توكل بالشراء للغير
وبالبيع لم تلزمه العهدة على ذلك الغير وذلك لانه لو لزمه العهدة عليه لكان قضى ذلك من ماله ولا تصرف
له في ماله فصار كالصبي المحجور وعندهما تصرفه بعد الردة كتصرفه قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع
بذلك على رب المال كذا في المبسوط والايضاح **قوله** وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه ولا نعلم
فيه خلافا لان العزل نهي والاحكام المتعلقة لا يؤثر فيه النهي الا بعد العلم دليله اوامر الشرع ونواهيه
قوله فله ان يبيعها اي العروض ثم لا يمنعه عزل رب المال عن بيعها عند اكثر اهل العلم وعندنا
يجوز بيعها نقدا ونسيئة كما قبل العزل وعند من نهاه عن البيع نسيئة قبل العزل ينهاه عنه بعد العزل
ايضا ولهذا لا ينهاه بعد العزل عن المسافرة الا في قول من نهاه عن ... والنهي صحيح وهو قول من نهاه عن
المسافرة قبل العزل **قوله** وانما ينض اي ينقد بالبيع في المغرب نضيض الماء خروجه عن الحجر ونحوه
وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك اي ما تيسر وحصل وفي الحديث
يقتسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم
والدنانير **قوله** له ان يصرفها بجنس راس المال قيد به لانه ليس له ان يشتري بالعروض وهذا
استحسان وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد نض
وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في
يده بجنس راس المال فصار كالعروض وبه قال الاوزاعي وفي الذخيرة الشافعي واحمد **قوله** وعلى
هذا موت رب المال يعني بيع العروض ونض راس المال وفي الذخيرة كل جواب عرفته في الفصول
كلها فهو الجواب في الموت ولحوقه مرتدا فقد سوى بين العزل القصدي والحكمي في حق المضارب لان
القصدي انما لا يصح لما فيه من ابطال حق مستحق للمضارب وذلك لا يتفاوت بين القصدي والحكمي
قوله ونحوها اي نحو العروض بان كان راس المال دراهم وفي يده دنانير او على العكس
قوله لان الربح كالاجرة له وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على اتمام عمله ومن اتمام
العمل استيفاء ما وجب من الديون على الناس ولا يعلم فيه خلاف وان لم يكن في المال ربح لم يلزمه الا
وقال الشافعي ومالك واحمد لزمه الاقتضاء لانه بعقد المضاربة التزم رد راس المال على صفته والديون
لا تجري مجرى الناض فلزمه ان ينضه كما لو ظهر ربح وقلنا اذا لم يظهر الربح فانه وكيل محض والوكيل
متبرع والمتبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به وانما الواجب عليه رفع يده عن ذلك المال والتسليم
كالمودع فاذا احال فقد رفع يده فلا يلزمه اكثر منه لانه وكيل محض قبل ظهور الربح كذا في شرح الاقطع
واوضحنا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين رحمه الله **قوله** وعلى هذا سائر الوكالات
فان الوكيل بالبيع لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع واما
الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي
والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فهو كالمضارب وفي المبسوط السمسار من يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء

روى عن عروة وقال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمى انفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى
الله عليه وسلم فسمانا باسم احسن من اسمنا وقال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه
بالصدقة ولو دفع دراهم الى سمسار وقال اشتر لى بها رطبا باجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجر
بعمل مجهول وكذا الوصى لها عدد الثياب او استاجر ليبيع طعاما او شراءه ثم الحيلة فى جوازه ان يستاجره
يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له او يشترى له لان العقد يتناول منافعه وهى معلومة ببيان المدة ولو
لم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر فيكون ذلك عوضا عن
هبة المنافع فيكون بمنزلة ما كان لعوض فى هبة الاعيان ويكون جزاء الاحسان احسانا **قوله** وما
هلك من المضاربة الى قوله برادّ الربح ولا يعلم فيه خلاف وفى المبسوط الربح لا يتبين قبل وصول رأس
المال الى رب المال قال عليه الصلاة والسلام مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله
فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه او قال فرائضه لانه اى رأس المال هو الاصل والربح
تبع له لتصور رأس المال بدون الربح وعدم تصور الربح بدون رأس المال والهلاك يصرف الى التبع كما
يصرف الهلاك فى باب الزكوة الى العفو دون النصاب لان العفو تبع **قوله** لما بينا اشارة الى قوله
انه امين فهلاك المال فى الثانى اى فى العقد الثانى لا يوجب انتقاص الاول اى الاقتسام الاول وفى الكافى
اقتسما الربح واخذ رب المال رأس ماله ثم زاد رب المال رأس ماله ثم زاد رب المال سدس الربح للمضارب
يجوز عند ابى حنيفة كالمضارب اذا زاد لرب المال وعند محمد لا يجوز لان العقد لم يبق فلا تصح الزيادة
كما لو زاد فى الثمن بعد هلاك المبيع وزاد فى الاجرة بعد تمام العمل قلنا العقد انتهى والمنتهى
متقرر فى نفسه

فصل فيما يفعله المضارب

ذكر فى هذا الفصل ما
لم يذكره فى اول المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصوديه افعال المضارب بالاعادة
قوله بالنقد والنسيئة وبه قال احمد فى رواية وقال الشافعى ومالك واحمد فى رواية وابن
ابى ليلى لا يجوز بغير الاذن لان ذلك تصرف يوجب قصر يد عن مال المضاربة والتصرف فيه يكون ضد
ما هو مقصود رب المال فصار بمنزلة دفعه مضاربة حيث لا يجوز بغير الاذن وقلنا البيع بالنسيئة
من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فان الربح فى الغالب يحصل فى
البيع بالنسيئة اكثر من البيع بالنقد والدليل على ان البيع بالنسيئة تجارة قوله تعالى تجارة حاضرة تديرونها
الآية هذا تبين ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك الا البيع بالنسيئة كذا فى المبسوط **قوله**
وليس له ان يشترى سفينة للركوب هذا فى المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلا اما اذا عمّم المضاربة
بنوع بان دفع المال ولم يسم ما يشترى به فاشترى سفينة او دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز لانه
يملك التجارة فى المدفوع مطلقا جميع ما اشترى من عقود التجارة اما لو دفعه مضاربة فى الطعام خاصة
ليس له ان يشترى لنفسه دابة اذا احتاج الى الطعام اما لو اشترى حمولة للطعام جاز لانه لا بد منه اما لو
اشترى سفينة يحمل عليها الطعام لا يجوز على رب المال لان شراء السفينة لا يعد من توابع التجارة فى الطعام
قوله فى الرواية المشهورة وروى ابن رستم عن محمد لا يملك الاذن فى التجارة لانه بمنزلة الدفع
مضاربة والفرق ان المضارب شريك فى الربح والماذون لا يصير شريكا فيه **قوله** فالمضارب
اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك فى الربح او بعرضه ان يصير شريكا فكان اصيلا من وجه
الا ان المضارب لا يضمن والوكيل يضمن اذا اخر لان له اى للمضارب ان يقايل البيع لانه اى الوكيل لا
يملك ذلك وهو الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها فيضمن الوكيل بتاجيل الثمن عندهما وعند ابى
يوسف الوكيل لا يملك تاجيل الثمن وتاخيره ويملك المضارب فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله

قوله احتال بالثمن اى لو قبض المضارب الحوالة على رجل ايسر او اعسر من المشترى جاز لانه لو قايل
البيع مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة والثمن عليه وبه فارق الوكيل
حيث لا يجوز له ذلك كذا فى المبسوط **قوله** وتوابعها اى توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء
والرهن والارتهان والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة و **قوله** وهو ما
ذكرنا اشارة الى قوله ان يبيع بالنقد والنسيئة **قوله** وهو ان يشترى بالصغير للاستدانة
الا انه ذكر المبتدا لتذكير الخبر وهو قوله ان يشترى **قوله** وما اشبه ذلك بان كان رأس
المال الف درهم فليس له ان يشترى بمكيل او موزون لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة
فلا ينفذ على المضاربة ولو كان فى يده دراهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس
الواحد فى الثمنية لانه يصير المال زائدا الى قوله ولا شغل ذمته بالدين يعنى ان رب المال لا يرضى بزيادة
مال المضاربة وان كان فيها نفع لمقابلة ضرر يفوتها وهو شغل الذمة بالدين وفى الفوائد الظهيرية
الاستدانة تصرف على غير رأس المضاربة والتوكيل مقيد برأس المال وعند التنصيص عليها يصير
التصرف بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة لانه ليس لواحد منهما رأس المال فيكون المشترى بينهما
نصفين والدين عليهما نصفين ولا يغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يغير
موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما شرطا وقد مر تفسير السفاتج فى آخر الحوالة
قوله وان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال الى آخره وكذا الحكم لو دفع كله ذكره فى الذخيرة
والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال لو اخذه من منزل المضارب من غير امره وباع واشترى
ان كان رأس المال ناضا فهو نقض للمضاربة وان صار عرضا لا يصير نقضا لانه يمكن ان يجعل معينا لانه
يكون عاملا لغيره ولو كان رأس المال ناضا يكون عاملا لنفسه فتنتقض المضاربة اقتضاء فيعتبر هذا
بالنقض صريحا فان رب المال لو نقض المضاربة صريحا والمال ناض ينتقض فى الحال ولو كان عرضا
لا ينتقض فكذا ههنا كذا فى الذخيرة **قوله** فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل فى ملكه لا
يصلح وكيلا لغيره **قوله** والابضاع توكيل منه اى من المضارب فى التصرف **فان قيل**
فى الابضاع يكون المال للمبضع والعمل من الآخر بغير شئ وههنا لا مال لرب المال فكيف يتحقق
الابضاع **قلنا** المراد من الابضاع هو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معينا لانه
اشفق الناس اليه تصرفا فيصح الاستعانة به كما يصح من الاجنبى **فان قيل** الاجنبى عامل فى
ملك الغير فيصلح معينا ورب المال يتصرف فى ملك نفسه فلا يصلح معينا ولهذا لو استاجر خياطا
واستعان الاجير ما لمستاجره فى الخياطة لا يستحق المستاجر الاجر لان عمله لا يتحول الى المستاجر فمعنى ان
لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب **قلنا** فى المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى
الشركة راجح بل المقصود هو الشركة ولهذا لو عمل ولم يربح لا يقضى له بشئ وفى الشركة يستحق
احد الشريكين الربح بعمل صاحبه واذا كان كذلك صلح رب المال معينا اما فى الاجارة يستحق الاجر
بالعمل وعمل الاجير لا يتحول اليه كذا قيل **قوله** فلا يبطل به اى بدفع المال الى رب المال
فى المضاربة الثانية المضاربة الاولى عندنا ويكون الربح بينهما على ما شرطا فى المضاربة الاولى وقال زفر
تفسخ المضاربة الاولى كما لو دفعه اعانة وقلنا لما لم يصح المضاربة الثانية بقى المال فى يد رب المال
وعمل فيه باذن المضارب فيكون معينا فى العمل ولكن للمضارب ان يعيد الى نفسه لحصول المال فى يده وبقاء
المضاربة كالرهن فى يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن كذا فى شروح الجامع الصغير **قوله**
وركوبه بفتح الراء ما يركب عليه فى المال اى بالمعروف وبه قال مالك وابو ثور والحسن والنخعى

والاوزاعي واسحق وقال الشافعي واحمد نفقته في مال نفسه في صوره تحوز له السفر اي بالاذن وبه قال ابن سيرين وحماد بن ابي سليمان لانه يستحق على عمله جزءا من الربح فكانت نفقته عليه كنفقة الحضر كالاجير اما لو شرط له النفقه فله ذلك ولنا ان النفقه انما تجب بالاحتباس كالمراة يستوجب النفقه باحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب في مال بيت المال لكونه محبوسا لمصالح المسلمين فكذا المضارب اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقه في مالها وفي المصر ساكن بالسكنى الاصلي وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل فكان البدل واجبا له لا محاله فلا تضرر بالانفاق من مال نفسه اما المضارب يستحق الربح والربح قد يحصل وقد لا يحصل فلو اوجبنا النفقه تضرر بالانفاق من مال نفسه وبخلاف المضاربة الفاسدة اذا سافر لانه اجير فلا يستحق النفقه **قوله** لانها الاستحقاق فعليه رد ما بقي كالحاج عن الغير اذا بقي معه شي من النفقه بعد رجوعه كالمولى اذا انقل الامه المبواه للخدمة وبقي معها شي من النفقه كان للزوج ان يسترد ذلك منها كذا في المبسوط وهو ما ذكر من الطعام والشراب والكسوة **قوله** ومن ذلك غسل ثيابه الى اخره وفي الفوايد الظهيرية وما يحتاج اليه في غسل ثيابه واجرة الحمام والحلاق مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقه مما لا بد في كل وقت فينبغي ان لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد قلنا انما اوجبناه في مال المضاربة لان من صنيع التجار انهم يحلقون رؤوسهم ويقصون شواربهم وينظفون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مبايعتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب يعد من المفاليس فيقل معاملوه فصار اجره الحمام والحلاق من جمله النفقه بهذا الاعتبار وكذا ثمن الحرض والصابون **قوله** وعن ابي جعفر وهو روايه الحسن عنه انه اي من الدواء **قوله** ايدخل **قوله** ما انفق اي الذي انفقه في السفر يرفعه رب المال اولا ثم يقسم الربح ان بقي لان قسمة الربح شرعت بعد تسليم راس المال وما انفق يجعل كالتاوي من راس المال والهالك مقدم على الربح **قوله** فان باع اي المضارب المتاع مرابحه بعد ما انفق عليه من اجر الحملان والحملان مصدر بمعنى الحمل ذكره في المغرب ونحوه كاجره السمسار والقصار والصباغ لكن لا يقول اشتريته بكذا بل يقوم قام علي بكذا كما بينا في المرابحة **قوله** صبغها احمر فهو شريك بحصه الحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفه فاما ساير الالوان كالحمره ذكره فخر الاسلام القصاره بفتح القاف مصدر من قصر الثوب وبكسر القاف حرفة القصار لانه الحمل والقصاره ليس بمال قايم بل يزيل الدرن ولا يزيد فيه شيا فلا يكون شريكا بها لان شركة الاملاك انما تكون بالمال **قوله** ضاع يعني لو قصره الغاصب حتى ازداد قيمته فللمالك ان ياخذه مجانا **قوله** انتظمه قوله اعمل برايك فيكون الشركه والخلط باذن رب المال فلم يضمن بالصبغ وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي يضمن وان قال له اعمل برايك وتقدم اما اذا لم يقل له اعمل برايك لرب المال ان يضمنه لانه يصير غاصبا

فصل اخر

مسايل هذا الفصل متفرقه ذكرها بفصل على حدة **قوله** واشترى بها بزا قال محمد في السير الكبير البز عند اهل الكوفه ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز حتى ضاعا اي الالفان يغرم رب المال **قوله** لما نض المال اي بعد ظهور الربح بعد الالف يملك المضارب نصفه وهو خمسمايه **قوله** و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله ان الثمن كله على المضارب الى اخره لانه اي الربع صار مضمونا على المضارب ومال المضاربة امانة فلا يكون منها ثم اعلم ان هلاك راس المال قبل التصرف يوجب بطلان المضاربة ولا يعلم فيه خلاف لان محل العقد يتعين فاذا هلك المحل بطل العقد والقول للمضارب في هلاكه مع يمينه اذا لم يعلم ذلك كالمودع ولو استهلكه المضارب او انفقه او اعطاه رجلا

فاستهلكه

فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي والمضارب امين فلو اخذه من الذي استهلكه كان له ان يشتري على المضاربة في روايه الحسن عن ابي حنيفه لانه اخذ العوض فصار بمنزلة الثمن وروى محمد ان المضارب لو اقرضه ثم رجعت الدراهم بعينها اليه رجعت على المضاربه لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر وحكم المضاربه لا يجتمع مع الضمان كذا في الذخيره لانه ليس فيه ما ينافي الضمان اذ ضمان رب المال الثمن لا ينافي المضاربه وصار راس المال الفين وخمسمايه وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم ومالك واحمد راس المال ما دفعه ثانيا وهو الف وخمسمايه وفي الحليه اشترى عبدا في الذمه للمضاربة وتلفت الالف قبل ان ينقدها انفسخ القراض وفي الثمن وجهان احدهما انه على رب المال والثاني انه على العامل وبعض اصحابنا قال انما اراد الشافعي بذلك اذا كانت الالف قد تلفت قبل الشرا فاما لو تلفت بعد الشرا فالسلعه لرب المال وعليه ثمنها واختلف هولاء في راس مال القراض قيل الالف الاولى والثانيه يكونان راس المال وقيل الثانيه راس المال خاصة وعن مالك رب المال بالخيارين ان يدفع الفا اخرى وهي راس المال دون الاولى وان لم يدفع تكون السلعه للعامل وقال بعض اصحابه يجبر رب المال الثمن ويصير راس المال الثانيه دون الاولى لان الالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من راس المال كما لو تلف قبل الشرى ووجه قول الشافعي ان القراض ينفسخ بهلاك محله **قوله** ويظهر اي جميع ما ذكر قبله **قوله** فيه شبهة العدم اي شبهه عدم جواز البيع وصار كانه لم يبع رب المال من المضارب شيا ولهذا لم يصح هذا البيع عند زفر **قوله** وقد مر في البيوع اي في باب المرابحة في قوله واذا كان مع المضارب عشره دراهم الى اخره **قوله** قيمه الفان قيد بالفين لان قيمته لو كان الفا فقد مر جنايته على رب المال بلا خلاف لان رقبته ملكه وان اختار رب المال الدفع والمضارب الفدا مع ذلك فله ذلك خلافا للايمه الثلاثه لانه يستبقي بالفدا مال المضاربة وله ذلك لان الربح متوهم ذكره في الايضاح وفي جامع المحبوبي لا يدفع الى الجنايه حتى يحضر رب المال والعامل سوا كان قيمته مثل راس المال او اقل او اكثر لان الملك مشترك بينهما وكذا ان كانت قيمته مثل راس المال لما ان العامل صاحب الحق فصار كعبد الرهن جنى جنايه خطا لا يدفع الا بحضرة الراهن والمرتهن والحاصل ان حضورهما يشترط للفدا فان كل واحد يملك الفدا اما لو فداه العامل لا يرجع على رب المال لانه ادى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه فكان متبرعا كالاجنبي وقال مالك والشافعي في قول احمد في روايه ان كانت قيمته اكثر من راس المال فرب المال يدفعه بلا حضور العامل لانه لا ملك للعامل بعد ظهور الربح حتى يقتسما في قول والفدا ايضا على رب المال لا العامل لعدم ملكه وقال الشافعي في قول واحمد في روايه يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفدا عليه على قياس هذا القول و**قوله** فلما بيناه اشارة الى ما ذكر في المسالة المتقدمه بقوله وخرج نصيب المضارب الربع وذكر المحبوبي وقاضي خان ولا يكون الدفع والفدا الى المضارب خاصه لا الدفع والفدا ليس من احكام المضاربة لان المقصود من المضاربة الاسترباح وليس باسترباح فيهما فلهذا كان ذلك اليهما فان شاا دفعاه وان شاا فدياه وايهما فعل بطل عقد المضاربة اما الدفع فظاهر لان مال المضاربة صار هالكا واما الفدا فلان العبد بالجناية كالزايل ودفع الفدا كالشرا **قوله** خلاف ما تقدم اشارة الى قوله ضاعا اي الالفان في المسالة المتقدمه حيث لا ينتهي المضاربه وفي الفوايد الظهيرية فرق هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة وهاهنا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان تجاره وضمان التجارة لا ينافي المضاربة وهاهنا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان

تجاره وضمان التجاره لاينافي المضاربة وههنا ضمان جناية وهو ليس من التجارة في شي فلا يبقى على المضاربة وراس المال جميع ما دفع ثم قد بيّنا الخلاف فيه **قوله** خلاف الوكيل اي الوكيل بشرا عبد بعينه والثمن نقد فوقع فاشترى فهلك الالف قبل ان سقد له ان يرجع مره فقط وذكر المحبوبي في الفرق ثلاثة اوجه احدها ما ذكر في الكتاب والثاني انا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفا لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخري ضاع ذلك اصلا اما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفا لحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشرا ويتصرف في كل امره كرب المال فيرجع عليه في كل مره على ما مرّ وهو قوله جعل مستوفيا بالقبض بعده

فصل في الاختلاف

لما بين الاتفاق شرع في الاختلاف لان الاتفاق اصل والاختلاف عارض والعارض بعد وجود الاصل **قوله** في مقدار المقبوض قيد به اذ لو كان الاختلاف في الصفة القول لرب المال على ما يجي في مثله اي مثل الاختلاف في مقدار المقبوض قول القابض اذا كان امينا وبه قال الائمة الثلاثة قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان القول للعامل وعن الشافعي في وجه اذا كان في المال ربح حالفه والاصح هو الاول لانه امين قابض فهو احق بمعرفة مقدار المقبوض ولهذا لو كان غاصبا فهو احق بمعرفه مقدار المقبوض فالامين اولى الا ترى انه لو انكر اصل القبض كان القول له فكذا اذا انكر قبض بعضه ذكره في الايضاح **قوله** وان اختلفا مع ذلك اي مع الاختلاف في قدر راس المال مقدار الربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال العامل راس المال الف وشرطت لي نصف الربح فالقول فيه اي في الربح لرب المال وفي القدر للعامل وعليه نص احمد وهو قول مالك وابي ثور وابن المنذر لان رب المال ينكر الشرط والربح الزايد وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين وقلنا اليمين على المنكر بالحديث والعامل ما يستحق بالشرط والربح ولا يكون منكرا الشي بخلاف المتبايعان اذ كل واحد مدعي ومنكر ورجحان الى روس اموالهما بعد التحالف بخلاف ما نحن فيه **قوله** لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض والعامل يدعي المضاربة حيث القول له وبين رب المال والقول للمضارب لما ان رب المال والعامل اتفقا على ان الاخذ كان باذنه ورب المال يدعي ضمانا والعامل منكر فكان القول للمنكر والبينة للمدعي ذكره في الايضاح **قوله** فالقول للمضارب في دعوى العموم مع يمينه لما ان الاصل في المضاربة العموم فكان القول لمن تمسك بالاصل وبه قال الشافعي ومالك واحمد وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته وصارت كالوكالة قلنا الاصل في الوكالة الخصوص لا العموم وفي المضاربة الاصل العموم ولهذا لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع انواع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص كالوكالة **قوله** لحاجته اي لحاجة المضارب الى نفي الضمان وفي النهاية هذا مما يتامل في صحته وان كانت روايه الايضاح تساعده لان رب المال يحتاج ايضا الى اثبات ما ادعى بل بينة رب المال اولى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعيه البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد واما صاحب الذخيره جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم واحد وقال لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه اذن له بالعموم ان لم يوقت البينتان وقتا او وقتا على السواء او

دفز

وقت احدهما دون الاخر قضي ببينة رب المال لانه تعذر العمل بهما الا معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا به اذا تعذر العمل بهما عمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت هكذا في الاصل وفي القدوري لو نص شهود العامل على انه اعطاه مضاربة في كل تجاره فالبينه بينته والا فالبينة بينة رب المال ولو اتفقا على الخصوص واختلفا في النوع فالقول لرب المال ثم قال وان اقاما بينة فالجواب فيه على التفصيل الذي مر في الفصل الاول **قوله** ولو وقت البينتان بان قال رب المال دفعته في البز في رمضان وقال العامل في الطعام في شوال فبينة العامل اولى لان الثاني ناسخ للاول **فروع** بعقد عقد المضاربة وجعله اذا ابق على رب المال ظهر ربح او لا بلا خلاف لان ملك العامل في الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال مستقر ويضم الى راس المال عند القسمة ولو دفع اليه الفين وقال اضف من عندك الفا اخرى يكون الفان منها شركة والالف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض اصحاب مالك لا يجوز الى مال القرض شركة ويجوز ان يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضارب اخر وقال احمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول ولو دفع الفا على ان له نصف ربحها يجوز بلا خلاف ولو قال على ان لي ربح نصفها يجوز عندنا وابي ثور خلافا للائمة الثلاثة ولو اشترى العامل بالالف امة او غنما او بقرا او مكيلا او موزونا يساوي الفين زكى حظه لظهور الربح وبه قال الشافعي في قول واحمد في روايه وقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمه ولو اشترى امتين او غنما وبقرا او شعيرا لا يزكي لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لانها للتسري ولا خلاف فيه وبعده يتعدى في حصته عندنا ولرب المال تسريها دفعا للضرر عن نفسه وعند الائمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح

كتاب الوديعة

وجه مناسبة الوديعة بالابواب المتقدمة ان في الابواب المتقدمة بيان حصول المال وما حصل له اما ان يكون محفوظا بنفسه او بغيره ولم يذكر الحفظ بنفسه لانه لم يتعلق به حكم المعاملات فبقي حفظه لغيره وهو الوديعه ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه اعانة اخيه في الحفظ ووفاء الامانة تجر الغنا والخيانة تجر الفقر والله تعالى موصوف بانه امين وفي المثل الامانة اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك ثم الوديعة لغة مشتقة من الودع وهو الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي تركهم قال شمر زعمت النحويه ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه الصلاة والسلام افصح العرب وقد تكلم به وسميت الوديعه وديعه لانها تترك عند الامين يقال اودعت زيدا مالا استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وهو مودع ومستودَع بفتح الدال فيهما والمال مودع ووديعة وشرعا هي تسليط الغير على حفظ المال اي مال كان وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه ليتمكن من حفظه حتى لو اودع الابق او المال الساقط في البحر او الطير الذي يطير في الهوي لا يصح وكون المودع مكلفا شرطا ايضا ليجب عليه الحفظ وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده والاداء عند الطلب وفي صورة وضع المال عند اخر وذهابه وتركه او القى الربح في بيته كان قابلا للوديعة عرفا بالسكوت وكذا فيما لو قال لصاحب الحمام ان اضع ثيابي فقال الحمامي ثمه فوضعه فسرق ثيابه يضمن الحمامي لتقصيره في الحفظ لانه يصير بقوله قابلا للوديعة اليه اشار في المبسوطين والمغني وفتاوى قاضي خان وهي مشروعة بالكتاب لقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعدها وقال تعالى فليؤد الذي اؤتمن امانته وبالسنه فانه عليه الصلاة والسلام

قال عليه السلام وهو من ائتمن فالخيانة الامانة

داء

كان يودع ويستودع وقال عليه الصلاه والسلم اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وروى انه عليه الصلاه والسلم كانت عنده ودايع فلما اراد الهجره اودعها عند ام ايمن وامر عليا ان يردها على اهلها واجمعت الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا عليها فانهم يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانه وهي مندوب به بقوله تعالى وتعاونوا على البر وبقوله عليه الصلاه والسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه **قوله** الوديعه امانه في يد المودع قيل الامانه والوديعة مترادفان فكيف جوزتما المبتدا والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين مترادفين مبتدا وخبرا الا بطريق التفسير كما يقال الليث اسد ومراد المصنف هنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قيل في جوابه جاز ذلك ههنا اما لان الامانة اعم من الوديعة او المراد من الامانة ما هو غير مضمون وصار علما لما هو غير مضمون فكان معنى قوله امانة غير مضمون عليه ولهذا قال في شرح الطحاوي في تعدادما هو غير مضمون يقال الوديعه امانه والعاريه امانه **قوله** غير المغل اي الخاين اذ الاغلال والغلول الخيانة الا ان الغلول يستعمل في المغنم خاصة والاغلال عام كذا في المغرب والمغنى فيه ان المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا والا لامتنع الناس عنه ولان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها ولو هلك في يد صاحبها لا يجب الضمان فكذا في يد المودع ولهذا لو سرقت الوديعه عند المودع ولم يسرق معه ماله لم يضمن عند اكثر اهل العلم الا عند ملك فانه يضمن للتهمة اذا لم يسرق معه ماله **قوله** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله من زوجته او ولده او والديه او اجيره الخاص وهو الاجير مشاهره او مسانهه فاما الاجير فانما الاجير للعمل من الاعمال كالاجانب يضمن بالدفع اليه وكذا لو دفعه الى عبده او امته وبه قال احمد وملك والشافعي واشهب المالكي يضمن بالدفع ثم العبره في هذا الباب للمساكنه لا للنفقه حتى لو سكن مع المودع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لم يضمن الوديعه والمراه لو دفعتها الى زوجها لم يضمن مع عدم وجوب نفقه الزوج عليها والابن الكبير اذا سكن مع الاب يجوز الدفع اليه مع عدم وجوب النفقه وفي الذخيره الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان من في عياله امينا والا فلا يجوز وعن هذا قالوا في من مات سم راى غلام حوس كذا سـ فذهب الغلام بالودايع يضمن ان علم ان غلامه سارق وكذا اذا لم ينهه عن الدفع اليه ولهذا لو دفعها الى امين من امنايه وليس في عياله يجوز وعليه الفتوي ولهذا لم يشترط في التحفه الحفظ بالعيال بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه وبيد من كان ماله في يده ثم قال يعني به الاجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد المادون الذي في يده ماله والشريك المفاوض والعنان وان لم يكونوا في عياله وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط وبه قال ملك وقال الشافعي ليس له ان يدفعها الى زوجته ومن في عياله لانه رضي بحفظه لا بحفظ غيره اذ الايدي تختلف في الامانة قلنا يجب حفظها عليه كحفظ مال نفسه والانسان تارة يحفظ ماله بنفسه وتارة بمن في عياله ولانه لا يجد منه بدا فانه كلما خرج من داره لحاجة لا يمكنه ان يحملها مع نفسه فيضطر الى ان يحفظها في بيته واذا خلفها في بيته صارت في يد زوجته وعياله حكما فكان هذا مما لا بد منه فصار ماذونا فيه دلاله **قوله** وان حفظها بغيرهم صورته ان يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه او غيره يجعله في بيت غيره والايداع ان يجعل الوديعه من بيته ويدفعها الى اجنبي **فان قيل** ينبغي ان لا يضمن بالايداع لما ذكر قبله ان الظاهر انه يلزمه حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بالايداع فينبغي ان يملكه **قلنا** قوله ان المالك رضي بيده وحفظه لا بيد غيره جواب عنه والمراد بقوله على الوجه الذي يحفظ مال نفسه اي بنفسه غالبا فان الغالب ان يحفظ مال نفسه بنفسه **قوله**

ولان

ولان الشيء لا يتضمن مثله اي لا يستتبع مثله قال ابن ابي ليلى له ان يودع غيره كالمستعير له ان يعير والماذون له ان ياذن لعبده والمكاتب ان يكاتب عنده قلنا المستعير مالك للمنفعه والماذون والمكاتب ايضا يتصرف هولا بحكم الملك وكلامنا في غيره **قوله** والوضع في حرز غيره ايداعه فيضمن وذلك لان الحرز في يد ذلك فصار بالوضع في الحرز مسلما اليه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثنا من قوله فان حفظها بغيرهم ضمنه قال الحلواني هذا اذا احاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه ان يدفعها الى بعض من عياله فلو امكنه تناولها الى بعض من في عياله يضمن بالدفع الى الاجنبي ذكره في الذخيره **قوله** لا يصدق الا ببينه وفي المستصفى هذا اذا لم يعلم ان بيت المودع احترق فاذا علم قبل قوله بلا بينه ذكره في الذخيرة **قوله** وان خلطها المودع بماله ضمنها وبه قال الشافعي واحمد وملك في غير خلط الجنس بالجنس ثم الخلط على اربعه اوجه خلط بطريق المجاوره مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لا يقطع حق المالك بالاخلاف لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطه مع الشعير فذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان بلا خلاف لانه لا يصل المالك الى عين حقه الا بحرج والمتعذر كالمتعسر ولان الخلط لا يخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطه فتعذر التمييز حقيقه وتعذر التمييز حكما ايضا بالقسمه لاختلاف الجنس فان القسمه عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل لا يقطع حق المالك وبقوله في الصحيح يحترز عن هذا وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجه كخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف لانه استهلاك حقيقه وحكما وخلط الجنس مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مع دهن الجوز وخلط اللبن مع اللبن والحنطة بالحنطه والدراهم البيض بالدراهم البيض والسود بالسود فعند ابي حنيفه يضمن وبه قال الشافعي واحمد وعندهما لا ينقطع ملك المالك بل له الخيار ان شا ضمن وان شا شركه وقال ملك شاركه بلا اختيار تضمين **قوله** وامكنه اي الوصول الى عين حقه معنى اي حكما بالقسمه فان القسمه فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى يملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته عينا من غير قضا ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيخيرناه كذا في جامع البزدوي وله اي لابي حنيفه انه اي هذا الخلط استهلاك من كل وجه فيقطع حق المالك فيضمن لان الاستهلاك من العباد التعييب واما اعدام المحل فبتخليق الله والتعييب قد وجد فكان متعديا ضامنا لا شريكا فلا يباح له التناول قبل ادا الضمان كذا في البدريه لانها اي القسمه من موجبات الشركه اي احكامها فلا يصلح اي القسمة موجبة لها اي للشركة لانه يجعل العله حكما والحكم علة وفايدة الخلاف تظهر فيما اذا ابرا الخالط الى اخر ما ذكر في المتن والحل بالحا المهملة دهن السمسم **قوله** لتعذر معنى القسمه باعتبار اختلاف الجنس فان حد المبادلة راجحه وليس فيها معنى الافراز ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع **قوله** في الصحيح احتراز عما قال البعض انه على الاختلاف كما خلط الجنس مع الجنس لان تمييز الحنطه ممكن بان يصب في ما فيرسب الحنطه ويطفوا الشعير والصحيح ان حق المالك ينقطع بالاجماع لما ذكرنا ان التمييز متعسر او متعذر لما في الحنطه حبات الشعير وكذا في الشعير حبات الحنطه فلا يصل المالك الى عين حقه بالقسمه وفيما قالوا بان يصب في الما افساد المخلوط في الحال مع ان الراسب يمكن ان يكون حبات حنطه صاحب الشعير والطافي حبات شعير صاحب الحنطه فعرف ان التمييز متعذر كذا في المبسوط وجامع المحبوبي **قوله** يجعل الاقل تابعا للاكثر فيضمن صاحب الكثير القليل والفرق لابي يوسف بين خلط المايع بالمايع من خلاف جنسه فان في خلاف جنسه

ينقطع حق المالك بالاجماع ان التداخل والتسوع في المايعات اكثر فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق معنى الاستهلاك اما في الجنس يعتبر الاكثر اذا فلهما تابع لما ان الخاصية باقيه كذا في الفوايد الظهيريه **قوله** لعدم الصنع منه اي من المودع اي عدم الصنع الموجب للضمان ولا يمكن تقصير فذلك من المودع بان جعل الوديعه في كيس مال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكيهما **قوله** فان انفق المودع بعضها ضمن بالانفاق لانه لو اخذها لاجل الانفاق ثم ردها قبل الانفاق لم يضمن لانه خالف ثم عاد الى الوفاق ذكره في المبسوط وقال الشافعي في قول ومالك يضمن الكل وكذا لو انفق البعض ولم يرد شيا يضمن الكل عندهما وعندنا يضمن ما انفق لان بالخيانة يرتفع الامانه فيجب الغرامة وقلنا الغرامه تجب بقدر الخيانه وقد خان في البعض دون الكل وفيما اذا رفع ولم ينفق لم يتحقق الخيانة لان بمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تجاوز عن امتي ما وسوست به الحدث وان صار ضامنا بالرفع فقد عاد الى الوفاق برد العين الى موضعه وهذا احوط الوجهين عندي فانه لو باعها بعد الرفع ضمن قيمتها بعد البيع ينفذ بيعه فعلم ان الرفع للبيع موجب للضمان ولو لم يضمن بالرفع ينبغي ان لا ينفذ بيعه والروايه محفوظه ان البيع نافذ وثمة اذا انفق بعضها لم يضمن الباقي لانه حافظ في الباقي للمالك وبما انفق لم يتعيب الباقي حتى لو تعيب بان يضره التبعيض يضمن الكل كذا في المبسوط **قوله** يضمن الجميع فالواحد اذا لم يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة اما لو جعل يجب ان لا يضمن الا ما انفق ذكره في الذخيره وقال الشافعي لا يضمن الا ما انفق في الوجهين وبه قال ابن القاسم المالكي واحمد وحكى عن مالك ان ذلك يقوم مقامها ويصير امانه وقال الربيع يضمن الجميع اذا لم يميز والمنصوص من الشافعي الاول كذا في الحلية لعدم التعدي في الباقي والخلط هنا لا يصير استهلاكا لان الدرهم المخلوط حقه اذا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وبد المودع كيده وقلنا خلط مال غيره بماله لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا يصير قضاء الدين من غير محضر صاحبه فكان خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه ثم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا في الخلط **قوله** زال الضمان واما في زال الضمان وجب عليه بسبب الركوب حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف وقال الشافعي لا يبرا وبه قال مالك في روايه واحمد وفي رواية ابن القاسم واشهب مثل قولنا **قوله** للمنافاة اي بين كونه ضامنا وبين كونه امينا اذ الامين غير خاين واذا ثبت كونه ضامنا انتفى كونه امينا وهو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فلا يبرا الا بالرد على المالك فيضمن ولنا ان الامر اي بالحفظ وهو الايداع باق لاطلاق الامر لانه قال احفظ هذا المال والامر يتناول جميع الاوقات بعد الخلاف وقبله ولم يبطل الايداع بالخلاف لان بطلان الشيء بما وضع لابطاله او بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع ولا ينافيه ايضا ولهذا صح الامر بالحفظ مع استعمال ابتدا بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدي الى نايب المالك اعني نفسه فلا يضمن بالهلاك **قوله** والعقد قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضروره فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضروره فيظهر اثر الارتفاع في قدر ما وجب الخلاف فيه وفيما وراه بقي على ما كان فكذلك ههنا فاما المستاجر والمستعير اذا تعدى ثم ازال التعدي لم يبرا عن الضمان حلا بالزوله

الاعتبار

الاعتبار بالوديعه وقلنا البراة انما تكون بالاعاده الى يد المالك او نايبه ويد المستاجر والمستعير يد نفسه فانه يستوفي المنافع المملوكة له من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملا لنفسه لا لغيره فلا يبرا عن الضمان ذكره في الاسرار **قوله** فجحدها ضمنها ولا نعلم فيه خلاف رفع من جهته اي من جهة المالك **قوله** خلاف الخلاف اي بالفعل لان العقد باق كما ذكرنا والدليل عليه او امر الشرع والجحود فيها رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلاة لا يكفر وفي الزاد هذا كله اذا جحد الوديعه في العقار قال شمس الايمه السرخسي لا ضمان عليه في قول ابي حنيفه وابي يوسف في جميع الوجوه ومن المشايخ من قال من قال العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وان كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما وقال الحلواني في ضمان الجحود في العقار عن ابي حنيفه روايتان **قوله** ولو جحدها عند غير صاحبها بان قال اجنبي ما حال وديعه فلان عندك او قال اعندك وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعه لم يضمن عند ابي يوسف خلافا لزفر له ان الجحود سبب الضمان سوا كان عند المالك او غيره كالاتلاف حقيقه ولنا ان الجحود عند غير المالك من باب الحفظ لانه يقطع طمع الطامعين عنها فلا يضمن به ولان المالك تما عزله عن الحفظ وهو لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه لان العقد ما قام به وحده بل قام بهما فلا يرتفع الا بهما فبقي العقد وباعتبار بقايه يده كيد المالك فلا يضمن وخص قول ابي يوسف بقوله لا يضمنها عند ابي يوسف وان كان الحكم كذلك عند علما الثلاثه وكذا عند ايمه البلاد لما ان هذا الفصل لم يكن مذكورا في مبسوط محمد وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فاورده كذلك **قوله** اذا كان له اي لمال الوديعه حمل ومونه والحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ما له حمل ومونه يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال ونسانه في لفظ الاصل ما له مونة كذا في المغرب وقال الشافعي ليس له اي للمودع المسافرة بها في الوجهين فيما له حمل ومونه او لا وبه قال مالك اذا قدر ان يردها على صاحبها او وكيله او الحاكم او امين فان لم يقدر على احد منهم لا يضمن للضرورة وللشافعي في نقل الوديعة من قريه الى قريه فيما دون مدة السفر اذا كانت المسافة امنه وجهان وهذا الخلاف اذا كان الطريق امنا بان لا يقصده احد غالبا ولو قصده يمكنه دفعه وبرفقه السفر ولم ينهه المودع عنها اما اذا لم يكن الطريق امنا او نهاه عن السفر فالسفر يضمن بلا خلاف من العلما وفي النهايه هذا الاطلاق في قولهما بالصفه التي وضعه في الكتاب لا وضع الجامع ولا وضع المبسوط فانه قال في الجامع عند ابي حنيفه لا يضمن بالخروج قصر الخروج او طال وعند ابي يوسف ان قصر الخروج لم يضمن بكل حال وان طال لم يضمن فيما له حمل ومونة وعند محمد لا يملك الخروج فيما له مونه طال به او قصر كذا ذكره في جامع فخر الاسلام وفي المبسوط بعد ذكر قول ابي حنيفه اذا قربت المسافه له ان يسافر بها له حمل ومونه او لا واذا بعدت ليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمونة على صاحبها عند بعد المسافة اذا اراد ردها **قوله** لابي حنيفه الى اخره اطلاق الامر يعني امره بالحفظ مطلقا من غير تقييد بمكان دون مكان فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان دون زمان والمفاره محل للحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام فيه حتى لو لم يكن امنا او بحرا يضمن ولو كان الطريق بحرا ولا بد له من السفر لا يضمن ايضا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي مع ان ولايتهما نظريه ولا يقال الاب والوصي يملكان التجارة في مال الصبي والتجارة تدل على جواز المسافرة لا الحفظ اما المودع يملك الحفظ لا التجارة فكيف يصح الاستدلال بها والحفظ في الاسفار لا يتحقق عرفا وكذا شرعا قال عليه الصلاة والسلام المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله اي

هلاك فلا يلزم من الاذن بالحفظ جواز المسافرة لانا نقول لا يجوز لهما قربان مال اليتيم الا بالوجه الاحسن قال تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن واولى وجوه الحسن رعايته عن مواضع التلف وكان ذلك لانهما مقيده بشرط النظر فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز لهما السفر بماله ونحن لا نمنع زيادة ثبوت الولاية لهما ولكن مع ذلك تصرفهما مقيد بشرط النظر فلما جاز لهما المسافرة مع تنصيص الشرع على القربان بالوجه الاحسن يعني ان يجوز بمال الوديعة بالطريق الاولى لانه مامور بالحفظ مطلقا وما قال من العرف مشترك فقد يكون قصد المودع ان يحمل اليه خصوصا اذا سافر الى بلد صاحب الوديعة والعرف المشترك لا يصلح حجة واما الحديث كان ذلك في بدء الاسلام لقلة المسلمين في الاسفار ولهذا اخبر عليه السلام من الامر بعده بوشك ان يخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذيب على غنمها وكلامنا فيما اذا كان الطريق امنا ولا يقال المامور بالبيع مامور بالحفظ مع انه لو سافر بالوديعة يضمن لانا لا نقول مامور بالحفظ ضرورة البيع فيثبت الحفظ اقتضاء فلا عموم له ذكره في الاسرار **قوله** ولهما انه يلزمه اي المالك مونة الرد ولا ولاية له في الزام المونة عليه لان فيه اضرارا عليه بالحفظ المتعارف ودابالاكنة والبيوت دون المفاوز لان اسباب الصيانة تتهيا في الامصار من كل وجه وفي غيرها تتهيا من وجه دون وجه بل فيها تعرضها على التوى قال عليه الصلاة والسلم المسافر وماله على قلت الحديث ولهذا الو استاجر ليحفظ متاعه شهرا بدرهم فسافر بالمال يضمن **قوله** قلنا مونة الرد جواب عن قولهما يعني ما يلحق المالك من مونته تمن ضرورة امتثال امره فلا يعد ذلك اضرارا به **قوله** والمعتاد كونهم في المصر جواب عن قول الشافعي كونهم اي كون اهل الامصار في المصر لا حفظهم ومن كان في المفازة يحفظ ماله فيها اي في المفازة كاهل الخيام والاخبية وهذا الخلاف فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين في المصر فسافر ان كان سفرا له منه بد يضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ فيه مع السفر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن والا لا وكذا لو سافر مع امكان ردها الى صاحبه او وكيله يضمن والا لا **قوله** لم يدفع اليه بطلبه نصيبه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة حتى لو فعل ضمن نصفه وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يضمن **قوله** وفي الجامع الصغير الى اخره قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفايدة ما ليس في كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قايل ان كان القاضي لا يامر للمودع ان ياخذ ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان ياخذه زالت هذه الشبهة وفايدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لقايل ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاث اقل من نصيب الغايبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يوخذ من المودع فانصيب الحاضر من الرجلين لا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين ان كليهما سوا ويلقب هذه المسله بمسلة الجامع وهي مشهورة **قوله** والخلاف في المكيل والموزون الى قوله وهو المراد بالمذكور في المختصر اي القدوري وذكر هذا احترازا في ذوات الامثال لان في القسمة في غيرهما معنى المبادلة فلو كانت الوديعة من غير ذوات الامثال كالثياب والدواب والعبيد ليس للحاضر ان ياخذ بالاجماع لهما انه اي الحاضر طالبه بدفع نصيبه وكل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه لغيبة الاخر كالشريك في الدين بان باعا عبدا مشتركا اذا حضر احدهما كان له ان يطالب المديون بكذا هذا وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب عن الغايب وانما يندفع الضرر عنهما بما قلنا بان يقسم فيدفع الى الحاضر نصيبه ثم لا ينفذ قسمته على الغايب حتى اذا هلك الباقي ثم

حضر الغايب كان له ان يشارك الحاضر فيما اخذ دفعا للضرر عنه وهذا في المثليات ظاهر ولهذا كان له اي للمودع الحاضر اخذ نصيبه اذا ظفر به **قوله** لانه اي الحاضر يطالب المودع بالمفرز اي المقسوم يعني لو دفعه لساه اما ان يكون المدفوع من نصيبهما او من نصيب الاخر خاصة لا وجه الى الثاني لانه لا يكون الا بعد القسمة المعتبرة وليس للمودع ولاية على الغايب في القسمة ولهذا لا يصح قسمته ولا يقع دفعه قسمة عليه بالاجماع حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغايب له ان يشاركه في الماخوذ بالاجماع فثبت ان القسمة ليست بنافذة ولا وجه الى الاول لان المودع يصير دافعا مال الغير بغير اذنه وانه لا يجوز وبان كان للحاضر ان ياخذ نصيبه لا يكون للمودع ان يدفع حصته الا ترى ان رب الدين اذا طلب من مودع المديون دينه من الوديعة لا يومر المودع بذلك وان كان لرب الدين ان ياخذه اذا ظفر به **قوله** لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فدفعه نصيب الحاضر تصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغايب اما المودع يدفع مال الغير الا ترى اذا غاب واحد وله عند اخر دين ووديعة فجا رجل وادعى الوكالة منه بقبض الدين والوديعة فصدقه امر بتسليم الدين دون الوديعة **قوله** فلغريمه اي لرب الدين ان ياخذه اذا ظفر به والاصل فيه حديث هند انه عليه الصلاة والسلم قال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك الحديث وقيل في تاويل قوله لصاحب الحق يد ولسان ان المراد اخذ حقه اذا ظفر به **قوله** مما لا يقسم كالعبد والثوب والحيوان وكل ما يهلك او يتعيب بالقسمة الحسي يحفظه ممّا يقسم لو ابيا القسمة واودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما التزماه من الحفظ وكذلك الجواب في المرتهنين وكذا في المستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن اذا اسلم احدهما الى الاخر ما يمكن قسمته ضمن عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط انه اي المالك رضي بامانتهما فهذا الذي دفعه اليه كان المالك راضيا بثبوت يده عليه وحفظه له كما فيما يحتمل القسمة وله اي لابي حنيفة انه اي المالك رضي بحفظهما الى اخره وفي المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة احدهما فاذا كان الحفظ يتاتى منهما لا يكون راضيا بحفظ احدهما للكل وحده **قوله** وهو محمل للاول اي المذكور في الجامع الصغير محمل لرواية القدوري التي ذكرها مطلقا بانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة شيا خفيفا يمكنه استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الى عياله ضمن وفي المغني لو قال لا تدفعها لامراتك فاني اتهمها او الى عبدك او الى ابنك وما اشبه ذلك فدفعها اليه فان كان لا يجد بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال غيره لم يضمن او كان ولكن لا يثق اليه لانه لا يمكن الحفظ دونه وصار النهي عن الدفع اليه كالنهي عن الحفظ فصار مناقضا لاصله فيبطل ولو كان يجد بدا فهو ضامن **قوله** في بيت اخر من الدار وقال الشافعي واحمد ومالك ان نقلها الى مثل الاول لم يضمن وان نقلها الى بيت دونه يضمن لانه خالف امر صاحبها كما في الدارين قلنا ان البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز غالبا حتى لو تفاوتا يضمن اما لو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت اخر سوا كان مثله او دونه لمخالفته امر صاحبها وعندنا في الامر والنهي لا يضمن اذا لم يتفاوت البيتان **قوله** فله ان يضمن الاول فان المودع بالوديعة الى غيره يضمن بغير خلاف عند اكثر الفقهاء وعند ابن ابي ليلى لا يضمن لان عليه حفظها كحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بالايداع الى غيره فكذلك وللاكثر انه خالف بالايداع الى غيره لان المالك رضي بحفظه لا بحفظ غيره اذ الايدي تختلف ثم عند ابي حنيفة واحمد في ظاهر مذهبه يضمن المودع الاول لا الاخر وعندهما يضمن ايهما شاء وبه قال الشافعي ومالك

واحد في وجه وفي الذخيره انما يضمن المودع الاول بالايداع اذا هلكت الوديعه بعد ان فارق الاول الثاني اما لو هلكت قبل المفارقه لا ضمان على احد بلا خلاف لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع اليه وانما يضمن بالتضييع بترك الحفظ الملتزم وذلك بالمفارقه **قوله** رجع على الاول لانه مغرور من جهته بانه اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه كذا في المبسوط وهذا التعليل يوذن بما ذكر التمرتاشي بقلا عن ابي اليسر في مودع الغاصب ان علم ان المودع غاصب لم يرجع عليه وان لم يعلم غاصب رجع عليه لانه مغرور اما اذا علم انه غصب فيه سهو اختلاف الروايه **قوله** فيستمر على الحالة الاولى لانه لم يفوت الحفظ الملتزم ولم يوجد منه صنع يجب به الضمان بعده فلا يضمن فصار هذا في حقه كثوب هبت به الريح والقته حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن بخلاف مودع الغاصب لان الاول بمجرد الدفع متعد والثاني بالاخذ وهاهنا ان لم يضمن الاول بتركه عند الثاني ذكره قاضي خان **فان قيل** الاول انما يصير مضيعا بالمفارقه لان الثاني لا يصلح امينا وحافظا والا لا يضمن كما لو اودعه عند عياله وفارقه فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني **قلنا** رب المال لو قال اذنت لك ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثاني وهذا تقرير مسئلتنا فصار الثاني مودعا منفردا في حق نفسه لانه لما لم يضر نفس الايداع خيانه بل صار داخلا في ولايته حال حضرته وحصلت الوديعه في يد الثاني امانة فلا يضمن بالامسال كذا في الكافي **قوله** لتغاير الحقين اذ كل واحد منهما يدعي الفا وان نكل اعني الثاني بعد ما حلف الاول **قوله** ولا يقضي بالنكول لان من حجة الاول ان يقول لو بدات بي بالاستحلاف كان ينكل ايضا قاله قاضي خان اي كان للثاني ان يقول على تقدير الحلف للثاني لي نصيب في تلك الالف التي نكل فيها لك لانه انما نكل لك لانك بدات بالاستحلاف فلا يسقط الخصومة بينهما **قوله** انما يصير اي النكول حجة عند القضا فلهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شي فيكشف وجه القضا بان يقضي بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني لا شي له والالف كله للثاني ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلهذا يتوقف في القضا حتى يظهر وجهه وهذا بخلاف الاقرار لاحدهما فانه يقضي بالالف للمقر له لان الاقرار حجة موجبه بنفسه ولا يتوقف على القضا لانه اي المودع المنكر اوجب الحق لهما ببذله لان النكول بذل عند ابي حنيفة او باقراره اي عندهما لان النكول اقرار عندهما وذلك اي الاقرار والبذل حجه في حقه اي في حق المودع المنكر فلو قضى للاول حين نكل مع انه ليس له ذلك قال علي البزدوي في جامعه لا ينفذ قضاؤه حتى لو حلف للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما ويغرم الفا اخرى بينهما لان تقديم اليمين لاحدهما اما باختيار القاضي او بالقرعة لتعذر الجمع بينهما وكل ذلك اي من اختيار القاضي والقرعه لا يبطل حق الثاني ولا ينتظر اي القضا لكونه اي لكون النكول ثم لا يحلف للثاني اي لمدعي الثاني ما هذا العبد لي يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد لي بل يضم اليه ولا قيمة لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول فلا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكنه دفعه الى الثاني بعد ذلك قال اي الخصاف ومعنى ان يحلفه اذا اقر بالوديعة اي لانسان ثم قال اخطات ثم قال بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره صحيح ورجوعه باطل ويضمن للاخر قيمتها لانه اقر بها له وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها هذا اذا دفعها للاول بغير قضا وكذا لو دفعها بالقضا يضمن عند محمد وعند ابي يوسف لا يضمن وجه قول محمد انه اقر بالتزام الحفظ فمتى اقر به لانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن

كما لو دل سارقا على السرقه ولابي يوسف ان بمجرد الاقرار لم يفت على الثاني شي وانما الفوات بالدفع باكراه القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه اليه اشار في المبسوط ووجه البنا على هذه المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الاول لما كان مفيدا للضمان عند محمد للثاني فينبغي ان يحلفه الثاني لان فايدة الحلف النكول وهو اقرار والاقرار للثاني مفيد للضمان له وعند ابي يوسف لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلا فائدة في التحليف ولو قال المودع اودعنيها احدكما ولا ادري ايكما هو فالمدعيان اذا اصطلحا على اخذها فلهما ذلك والالف عنهما وليس للمودع الامتناع عن تسليم الالف اليهما وان لم يصطلحا ويدعي كل علمه فانه يحلف لكل واحد وقال الشافعي واحمد يكفي يمين واحدة لان الذي يدعي عليه امر واحد وهو العلم بعين المالك فيكفي يمين واحدة كما لو ادعاها فاقر لاحدهما بها وقلنا لما ادعى كل واحد انها له وهي بعرف فكان كل واحد يدعي عليه الحفظ وهو ينكر ثم ان حلف لهما قطع دعواهما في قول ابي يوسف وفي قول محمد لهما ان يصطلحا بعد الاستحلاف على اخذ الالف بينهما وبه قال الشافعي في وجه وابن ابي ليلى وعند محمد يقرع بينهما وقال الشافعي يقسم بينهما في قول اخر ولو نكل قضى بالف بينهما ويضمن الفا اخرى بينهما وعند احمد والشافعي لا يضمن الفا اخرى بل يقرع بينهما عند احمد ويصطلحا عند الشافعي وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضى بالالف للذي نكل ولا شي للذي حلف وكذا لو قال على الف لهذا او لهذا وكل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه الاربعة هذا وامثاله كثيره ذكره التمرتاشي في جامعه وجاز ان يكون مراد صاحب الكتاب بقوله وقد كان فيه بعض الاطناب ذلك

كتاب العارية

لما فرغ من بيان الوديعة شرع في العارية لان فيها امانة بتمليك المنفعة فيكون ترقيا من الادنى الى الاعلى ثم محاسن العارية كثيره منها اجابة مضطر في ازالة اضطراره فكان فيه ثوابه عن الله تعالى وفيه شرف عظيم اذ العاريه لا يكون الا عند محتاج كالقرض ولهذا زيد ثواب القرض على الصدقه اذ الصدقة قد تصادف غير محتاج ولهذا اوعد الله تعالى الذين لا يعيرون قال تعالى ويمنعون الماعون والماعون ما هو عون لاخيه في حوائجه نحو الفاس والقدر والميزان والدلو ثم العاريه لغة بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعاره مثل العاريه كذا في الصحاح وفي المغرب العارية بالتشديد فعليه منسوبة الى العاره اسم من الاعارة واخذها من العار العيب او العري خطا وما ذكر في المغرب هو المعول عليه لانه عليه الصلاه والسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي العرب وقد يخفف العاريه وفي المبسوط قيل العاريه مشتقه من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شا ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا يعود النوبة اليه في ملك العين ليكون عاريه حقيقة وانما يعود النوبة اليه في مثلها **وتفسيرها** شرعا على ما قال في الكتاب هي تمليك المنافع بغير عوض عند اكثر العلما وعند الكرخي اباحة الانتفاع وبه قال الشافعي واحمد وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى ويمنعون الماعون ولما كان المنع مذموما كان الاعطا محمودا والسنة فانه عليه الصلاه والسلم استعار دروعا من صفوان بن امية يوم حنين فقال اغصبا يا رسول الله فقال بل عارية مضمونة رواه ابو داود وقال عليه الصلاه والسلم في خطبته عام حجة الوداع العارية موداه والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم اخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب واجمعت الامة على جوازها ولكن الخلاف في كونها مستحبة او واجبة فقال الاكثر

اهل العلم الاعارة مستحبة وقال بعض العلماء واجبة **قوله** ولا يشترط فيه اي في عقد
العارية ضرب المدة اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة
ومع الجهالة اي مع جهالة المدة لا يصح التمليك اذ تمليك المجهول لا يصح كما في الاجارة ولا يمنعه صحة الاباحة
قوله وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل عقد الاجارة بالنهي ولو كان تمليكا لما بطل بالنهي كالهبة
والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض
وبغير عوض كالموهوب له ولان الاصل في المنافع ان لا يرد العقد عليها لانها كما توجد تتلاشى الا انه
في الاجارة ضرورة ولا ضرورة ههنا الى قلب الحقيقة **قوله** انه اي عقد الاعارة ينبئ
عن التمليك لان العارية مشتقة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض **قوله**
ولهذا ينعقد بلفظ التمليك بان يقول ملكتك منافع هذه الدار شهرا او جعلت لك سكنى داري
هذه شهرا ذكره في المبسوط **قوله** والمنافع قابلة للتمليك كالاعيان جواب عما قال الخصم
ان الاصل ان لا يرد العقد على المنفعة الى اخره كالاعيان فان تمليك الاعيان يجوز بعوض
وبغير عوض فكذا في المنافع **قوله** ولفظ الاباحة استعيرت للتمليك الى اخره جواب عن
قول الخصم انه ينعقد بلفظ الاباحة قال استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة
الاباحة مع انها تمليك المنفعة وانما صح مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة
لانعدام اللزوم لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة فلا تكون اي الجهالة
صائرة اي مفضية الى المنازعة ولان الملك اي ملك المنفعة يثبت بقبضها وهو الانتفاع وعند
القبض معلوم فالجهالة قبله لا تفضي الى المنازعة ولهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الاجارة لا
يشترط فيها ضرب المدة كما في الصبغ والخياطة **قوله** والنهي منع عن التحصيل جواب عن قول
الخصم ولهذا يعمل فيه النهي يعني ان النهي منع عن التملك فلا يحصل المنافع على ملكه لكونه دليل الرجوع
والاسترداد لا ابطال الملك بعد ثبوته **قوله** ولا يملك الاجارة جواب عن قوله لا يملك
الاجارة من غيره يعني انما لا يملك الاجارة لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكها على تمكن من الاسترداد
متى شاء فلو صحت الاجارة منه لم يتمكن من الاسترداد لانها لازمة حينئذ لكونها تسلط الغير وهو
نظير ما لو استاجر دابة او ثوبا ليس له ان يوجر من غيره لئلا يتضرر الموجر **قوله** لانه مستعمل
فيه اي في تمليك المنفعة لان الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وان اضيف الى
ما لا يطعم عينه كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال **قوله** ومنحتك هذا
الثوب اي اعطيتك المنحة والمنيحة الناقة او الشاة الممنوحة من المنح وهو ان يعطي الرجل اخر ناقته
ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب لبنها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح وفي الكافي وقوله
في الهداية ومنحتك هذا وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين الى
قوله تجوزا اي مجازا مشكل من وجوه احدها انه قال اذا لم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول
اذا لم يرد بهما الهبة بدليل التعليل واجيب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور وثانيها انه
جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان
الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية
لكنه يحتمل الهبة وهذا تناقض وثالثها انهما لما كانا لتمليك العين حقيقة فتعينت حقيقة اللفظ بلا نية فعند
عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة قيل في جوابه نعم ان لفظ حملتك يدل على الاركاب
لغة ولكن يدل على التمليك عرفا يقال حمل الامير فلانا ويراد به التمليك ويستعمل للعارية ايضا قال

تعالى اذا ما اتوك لتحملهم اي لتركبهم فاذا نوى العارية او الهبة كان كما نوى وان لم ينو شيئا كان
عارية لانها المتيقن بها ومعنى قول الشيخ تجوزا اي تجوز استعمالها فيه مجازا لغويا وان كان حقيقة عرفية
فحينئذ لا يرد السؤال **قوله** وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء وهذا في العارية المطلقة
بلا خلاف وفي الموقتة خلاف مالك فان عنده لا يجوز له الرجوع قبل مضي الوقت **قوله** ان
هلكت بغير تعد قيد به لان هلاكها بتعديه يوجب الضمان بلا خلاف وضمان الرد على المستعير بلا
خلاف فالعارية اذا هلكت بغير تعد لا تكون مضمونة عندنا وبه قال مالك وهو قول علي وابن
مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد العزيز وشريح والاوزاعي وابن شبرمة
وابراهيم وقضى شريح بذلك بثمانين سنة بالكوفة وقال الشافعي واحمد مضمونة وهو قول ابن
عباس وابي هريرة وعطاء واسحق وقال قتادة وعبيد الله بن الحسين العنبري ان شرط ضمانها
ضمنت والا فلا وقال ربيعة كل العواري مضمونة ولقوله عليه الصلاة والسلام لصفوان بل
عارية مضمونة مؤداة وكتب في عهد بني نجران وما يعار رسلي فهلكت فضمانها على رسلي ه
وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد والاخذ طلق في موضع باخذه لنفع
نفسه وذا موجود في العارية ولانه قبض مال غيره لنفع نفسه لا عن استحقاق متقدم فكان
مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء والمستقرض بخلاف المودع لانه ما قبضه لنفسه بل
لمنفعة المالك وهو الحفظ ولهذا لا يلزمه مؤنة الرد وفي المستعير يلزمه وبخلاف المستاجر لانه
قبضه باستحقاق متقدم على القبض ولهذا يجبر على تسليم الدار ولو سلمه لا يملك الاسترداد حتى
يمضي المدة والموصى له بخدمة العبد فان العبد لا يصير مضمونا عليه وان قبضه لنفسه لان
قبضه مستحق ولهذا اجبر الورثة على تسليم العبد اليه ولا يلزم انه ماذون بالقبض لانه انما ثبت
الاذن ضرورة الانتفاع فبقي القبض في غير حالة الانتفاع غير ماذون فيه لان الثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها ولهذا الاصح اذا هلك حالة الانتفاع بلا خلاف ولان قبض العارية يوجب
ضمان الرد بالاجماع حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كقبض الغصب ولنا
ما روى القاضي الامام ابو جعفر محمد بن عمرو عن القاضي الخليل بن احمد باسناده عن ابي الزبير المكي
عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل ضمان والمغل
هو الخائن **فان قيل** هذا حديث ضعيف لانه يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد حساب عن
عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ولئن ثبت يحمل على الهلاك حال الانتفاع
ليكون توفيقا بين الحديثين ودفعا للتعارض **قلنا** قد روي برواية اخرى غير ضعيفة مع
انه عمل به اكثر العلماء مع ان الجرح لا يقبل ما لم يبين سببه ولان ما رويتم محمول على ضمان الرد
بدليل ما روي من حديث صحيح انه عليه الصلاة والسلام قال العارية مؤداة والمنحة مردودة الحديث
فوصف النبي عليه الصلاة والسلام جميع العواري بكونها مؤداة وقد روي هذا الحديث بطريق اخر فلم
يذكر مضمونة فيه وفي بعض طرقها ومضمونة بالواو وهذه الرواية تدل على ان الضمان وصف
زائد على العارية والوجه في ذلك انه عليه الصلاة والسلام تلفظ بها تسكينا له وما قاله فانه كان
يومئذ مشركا وقد اخذ مجامع قلبه حمية الجاهلية ولان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان كما ذكر في
المتن وقبض العين للانتفاع باذن صحيح من مالكها لا يوجب ضمانا كما في المستاجر ووجوب الضمان ه
للجبران وذلك لا يتحقق الا بتفويت شيء على المالك جبرا وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت والعقد عقد
تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة فلا يتحقق موجب الضمان الا ترى ان القبض لا يكون اقوى من حقيقة

ع

الاتلاف ولو اتلفها باذن مالكه لا يجب عليه الضمان فكذا اذا قبضها و **قوله** الاذن للانتفاع ضرورة قلنا هو ما قبضه الا للانتفاع فيزول عنه صفة التعدي فاذا قبضه للانتفاع بقي في يده باذن مالكها فلم يكن تعديا ولان الاذن بالقبض وجد مطلقا فلا يتقيد بحال الانتفاع لان الضرورة ما دعت الى اظهار الاذن في غير حال الانتفاع ايضا لانه انما ينتفع بمال الغير حسب انتفاعه بمال نفسه ساعة دون ساعة اذ لو انتفع بها دايما لهلك وكان امساك العين في ما في الحال للانتفاع ماد ونا ضرورة فلا يضمن اما الجواب عن قوله عليه الصلاة والسلم العارية مضمونة اي ضمان الرد لانه جعل الضمان صفة العين على وجه الخبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد لانه سعي بقا العين وحديث صفوان فقد قيل انه عليه الصلاة والسلم اخذ دروعه بغير رضاه بدليل قول صفوان اغصبا يا رسول الله الا انه عليه الصلاة والسلم كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا ولكن بشرط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان وقيل المراد ضمان الرد وقوله موداه تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه فسر العلم بالفقه وقيل كان هذا اشتراط الضمان على نفسه وبه اخذ قتادة والعنبري وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ايضا ولكن صفوان لو ميد كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرايط ما لا يجوز بين المسلمين واما قوله عليه الصلاة والسلم ما تعار رسلي هلكت على ايديهم اي استهلكوها لانه يقال هلك في يده اذا كان بغير صنعه وهلكت على يده اذا استهلكه واما قوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى ترد تقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه واما المقبوض على سوم الشرا انما كان مضمونا بالعقد والاذن تقرد ضمان العقد ولان المالك هناك ما رضي بقبضه الا بجهة العقد فعما وردا العقد كان مقبوضا بغير اذنه وانما وجب ضمان الرد على المستعير لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل وكانت المونة على من حصلت له منفعة النقل فان الخراج بالضمان ولهذا كانت النفقة عليه ايضا ولهذا اوجبنا مونة الرد على الموصى له بالخدمة ايضا فاما ضمان العين فانما يجب على من فوت شيا على المالك بقبضه كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه كذا في المبسوط والاسرار **قوله** كنفقة المستعار فانها اي النفقة على المستعير وفي الذخيرة والمغني قال ابو علي النسفي حاكيا عن استاذه ان المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شيت فانفق عليه ليحصل لك منفعته وان شيت فخل يدك عنه وقال ابو نصر لو استعار عبدا فطعامه على المستعير ولو ان مولاه اعاره وطعامه على المعير قال ابو الليث يعني اذا قال مولى العبد خذ عبدي واستخدمه من غير ان يستعيره المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه واما الكسوة فعلى المعير في الاحوال كلها **قوله** لا لنقض القبض بخلاف الغصب فان ثمه وجب الرد لنقض القبض فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان عليه وههنا القبض بالاذن فلا يكون مضمونا عليه **قوله** ولانا لو صححناه الى قوله تسليط من المعير جواب لشبهة ذكرت في المبسوط **فان قيل** معنى ان يملك المستعير الاجارة لانه مالك للمنفعة ولا يسقط حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة **قلنا** لو ملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير فكان العقد بتسليطه فلا يمكنه من نقضه بعد ذلك في تجويز اجارته يلزم لزوم ما لا يلزم وهذا لان الاعارة غير لازمة في الاصل والاجارة لازمة في الاصل فلو ملك المستعير الاجارة اما ان تقع هذه الاجارة لازمة او غير لازمة فان وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم ما يلزم وهو خلاف موضوع الاجارة فكان باطلا وان وقعت لازمة يلزم لزوم ما لا يلزم لانها اذا لزمت

الانفاق

الاجارة تصير العارية لازمة ضرورة لعدم امكان الاسترداد فيكون خلاف موضوع العارية وهو باطل ولهذا لا رهن لما بينا كالوديعة لا يوجر ولا يرهن **قوله** دفعا لضرر الغرور فان غرره في ضمن العقد بخلاف ما علم بكونها عارية في يد حيث لم يرجع عليه لانه لم يوجد منه الغرور وقالت الايمة الثلاثة لا يرجع لانه غاصب الثاني وضمن بفعله **قوله** اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة كذا ذكر المطابر التمرتاشي فللمستعير ان يعيره وبه قال مالك والشافعي في وجه وقال الشافعي في الاصح واحمد ليس له ان يعيره بنا على ما مر ان الاعارة اباحة المنافع عنده والمباح له لا يقدر ان يبيح غيره و **قوله** وانما يجوز الى اخره جواب لشبهة ترد علينا بان العارية لو كانت تمليك المنفعة لما اختلف الحكم في صحة اعارته بين ما يختلف وما لا يختلف فقال انما لا يجوز فيما يختلف لدفع زيادة الضرر على المعير الى اخره وهذا اي ما ذكرنا من ولاية الاعارة للمستعير **قوله** مطلقة اي عن الوقت والانتفاع وهو اي ما يصدر عن عقد الاعارة على اربعة اوجه وانحصاره على الاربعة ضرورة لان الشيئين وهو الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الانتفاع والوقت فكانت اربعة لا محالة **قوله** ليس له ان يجاوز ما سماه مثلا استعار الدابة ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فلا يحمل غيرها الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك بان قال عشرة اقفزة من هذه الحنطة او من حنطة تحمل عليها عشرة اقفزة من حنطة غير المشار اليها او من حنطة غيره او خير منه بان قال عشرة اقفزة حنطة تحمل عليها عشرة من شعير في القياس يكون ضامنا لانه خالف لاختلاف الجنس وعندنا لا يعتبر الضرر والمنفعة وفي الاستحسان لا يضمن لانه لا فايدة للمالك في تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل الكيل من الشعير يكون اخف عليها والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولهذا لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن شعيرا يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة كذا في المبسوط **قوله** ليس له ان يركبه اي يركب الدابة على باويل الحيوان او الحمار او البغل والفرس **قوله** حتى لو فعل ضمنه اي لو ركب بنفسه ضمن وهو الصحيح وهو اختيار فخر الاسلام وعند شمس الايمة وشيخ الاسلام خواهرزاده لا يضمن لانه يملك الاعارة والصحيح انه لا يضمن لما اطلق وله ان يعين في الاولى تعين الركوب وفي الثانية الاركاب وتعيينه كتعيين المالك ولو عين المالك يضمن بالنقل كذا هنا **قوله** وعارية الدراهم بان قال اعرتك هذه الدراهم او الدنانير قرض يعني بمنزلة قوله اقرضتك ولا نعلم فيه خلافا الا ما نقل عن بعض اصحاب الشافعي هذه اعارة فاسدة وقبض المال بالاذن الا لمنفعة نفسه فيكون امانة ذكره في شرح الوجيز وفي المغني قال ابو بكر البلخي قال اعرتك هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها فعليه مثلها او قيمتها لما ان اعارة ما لا ينتفع الا بهلاكه قرض قال ابو الليث الجواب هكذا اذا لم يكن بينهما مباسطة او دلالة الاباحة **قوله** وذلك اي تمليك العين بالهبة او القرض والقرض ادناهما ضررا على المعير لانه يوجب المثل والهبة لا توجبه **قوله** ورد العين وقد تعذر رد العين على المستعير هنا فاقيم رد المثل مقام ردها **قوله** اما اذا عين الجهة الى اخره ولا يعلم فيه خلاف ايضا وفي بعض النسخ ليعير بها ميزانا او صوغا يعاير اي يسوي ذكره في المغرب وفي الصحاح عايروا مكاييلكم وموازينكم ولا تقل عيروا **قوله** فلما بينا اشارة الى قوله **قوله** قلع البنا والغرس بكسر الغين وفتحها ذكره في المغرب و **قوله** للمعير ان يرجع متى شا **قوله** فلا ضمان عليه اي على المعير من نقصان قيمة البنا والغرس وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد ان ابى المستعير القلع يضمن المعير ما نقص بالقلع او قيمة بنايه مقلوعا

لانه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان اليه اشار قوله عليه
الصلاة والسلم ليس لعرق ظالم حق فدل بمفهومه على ان العرق الذي ليس بظالم له حق وهذا
كذلك وصار كما لو طالبه بالقلع في الموقتة قبل مضي الوقت وقلنا الضرر انما لحق المستعير من
قبله حيث بنى او غرس في محل كان لغيره حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا لانه ما وقت للعارية
وقتا ولكن المستعير مغتر بنفسه حيث ظن بمطلق العقد انه يتركها في مدة طويلة من غير ان يسبق
منه الوعد بخلاف ما لو وقت للعارية وقتا ورجع قبل مضي الوقت فان المستعير يصير مغرورا من
جهة المعير وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار وقال زفر لا يضمن ايضا بالتوقيت
لان الاطلاق والتوقيت سوا لبطلان الاجل في العواري وقلنا اذا وقت صار مغرورا من جهته
فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع الا ترى انه لو استحق الموهوب
بعد هلاكه فضمن الموهوب له الضمان لا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت **قلنا** كلام
العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيحها لصحتها بدونه فعلم ان
فائدته التزام قيمة البنا والغرس ان اراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كان قال ابن في
هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك ما ينفق
في بنائك فيكون الرجوع للالتزام المعنوي لا للغرور كذا في المبسوط **قلت** فعلى هذا معنى
قول الشيخ لانه مغرور من جهته ما اول مغرور من الالتزام المعنوي وبعد مضي المدة له الرجوع
بلا ضمان عندنا ومالك وبه قال المزني وعند الشافعي واحمد يضمن النقصان كما في غير الموقت ولو رجع
قبل الوقت صح رجوعه خلافا لمالك وما نقل في النهاية من قول مالك انه يضمن القيمة ما وجدته
في كتبهم بل عندهم اذا كان موقتا لا يجوز له الرجوع **قوله** يضمن رب الارض للمستعير قيمة
غرسه وبنائه يعني يوم يشتري بشرط قيامه الى المدة المضروبة كذا في شرح الكافي **قوله**
لم يوجد منه اي لم يوخذ الارض من المستعير ويترك في يده بطريق الاجارة لان له اي للزرع نهاية
فيمكن مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الارض
في يده باجر مراعاة للجانبين كذا هنا كذا في المبسوط وبه قال الشافعي في وجه ومالك واحمد وقال
في وجه كالبنا والغرس وعن احمد ان كان مما يحصد قصيلا بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر
فيه **قوله** حتى يحصد على بنا المفعول ثم اذا استحصد الزرع فصاحب الارض ياخذ الارض
مع الاجر وقال ابو اسحق الحافظ انما يجب الاجر لصاحب الارض اذا آجر الارض منه او القاضي
بعد مضي المدة وبدون ذلك لا يجب الاجر وفي اكثر الروايات لم يشترط ذلك **قوله** وفي الترك
مراعاة الحقين اي حق المعير والمستعير فكان اولى من القلع ولان في القلع ابطال ملك المستعير وفي
الترك في يده بالاجرة ضررا بالمعير من حيث تاخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التاخير **قوله**
واجرة رد العارية على المستعير بلا خلاف كما بينا **قوله** لما انه اي المستعير قبضه لنفع نفسه
فيكون المونة عليه لما ان الخراج بالضمان والاجر مونة الرد ولهذا لو امسكه بعد مضي المدة في
العارية الموقتة وهلك يضمنه بخلاف المطلقة حيث لا يضمن بالامساك لان المطالبة بالرد لم توجد
حتى لو طلب الرد فامسكها يضمن كالمودع اذا طولب بالرد وبخلاف المستاجر اذا امسكها بعد مضي
المدة وهلكت قبل الطلب حيث لم يضمنها لان الرد على المالك لا على المستاجر كذا في المبسوط **قوله**
لان الواجب عليه اي على الغاصب الرد لقوله عليه الصلاة والسلم على اليد ما اخذت حتى ترد

فيكون مونة الرد واجبه عليه ولا خلاف فيه واجرة رد المرهون على الراهن واجرة رد الوديعة
على مالكها والاصل ان مونة الرد على من وقع له القبض لان الخراج بالضمان فاذا ثبت هذا اتضح
لك حكم هذه المسايل فالمرتهن قبض الرهن لنفسه ولهذا اختص به من سائر الغرما اما مونة رد العبد
الموصى بخدمته فقالوا لا رواية فيها ويجب ان يكون على الموصى له بالخدمة كما في المستعير **قوله**
وفي القياس يضمن وبه قال الشافعي واحمد لان الواجب عليه الرد الى المالك او نائبه وهو وكيله
كما في الوديعة والمغصوب ولم يوجد بل ضيعه وجه الاستحسان ان العواري ترد الى دار المالك
او الى المربط عادة وعرفا وهما في يد المالك حكما فكانه ردها الى مالكها حكما ذكر التمرتاشي عن
ابن سلمة ان كان المربط خارج الدار لم يبرأ لان الظاهر انها تكون هناك بلا حافظ وقيل هذا في
عادتهم **قوله** ردها مع عبده او اجيره لم يضمن وقياس قول الشافعي ان يضمن كما لو دفع الوديعة
اليهما **قوله** مع عبد رب الدابة او اجيره اي السايس لم يضمن وبه قال احمد وقياس قول الشافعي
ان يضمن كما في الوديعة وجه الاستحسان ان الرد اليه كالرد الى المالك ولهذا لو دفعها اليه كان نفعها
الى السايس ولهذا لو استعار منه دابة يامر السايس بدفعها عادة وعرفا ولا يوجد مثل هذا العرف
في الوديعة فان صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة وانما اودعها لانه لم يرض بكونها في يد
عياله كذا في المبسوط **قوله** من اجنبي فصد الانه لما وضعه في يد الاجنبي للرد يكون هذا
ايداعا مع هذا قال يضمن وبه اخذ بعض المشايخ وهو الكرخي والبقالي فقال لا يملك الاستعارة
ولا يملك الايداع لان الاعارة تصرف في المنفعة وهي ملكه اما الايداع تصرف في العين وهي
ملك صاحبها وصاحب العين لم يرض بالدفع الى غيره واستدل الكرخي بهذه المسئلة ذكره في شرح
الطحاوي وقال بعضهم وهم مشايخ العراق يملك الايداع وبه اخذ ابو الليث والفضلي وفي
الفوايد الظهيرية وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان
يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى واولوا اي مشايخ العراق هذه المسئلة فيما اذا كانت
العارية موقتة وقد انتهت باستيفا مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك
الايداع بالاتفاق **قوله** موضوعة له اي لعقد الاعارة كما في اعارة الدار والثوب فانه
لا يكتب فيها السكنى او اكسيتني **قوله** لانها اي لفظة الاطعام تخص الزراعة والاعارة
تعمها اي الزراعة وغيرها كالبنا ونصب الفسطاط فلا يدل لفظ الاعارة على شي من هذه الانواع
عينا وكانت الكتابة بها اي بصيغة الاطعام ليعلم ان غرضه الزراعة اولى بخلاف اعارة الدار والثوب
لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط وهذا الغرض يصير معلوما بقوله اعرتني اليه اشار في الفوايد
الظهيرية

كتاب الهبة

وقد ذكرنا وجه
المناسبة في العارية وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان
لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذي النهى فقد وصف الله
تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم الهبة لغة اصلها من
الوهب والوهب بتسكين الها وتحريكها وكذلك في كل معتل الفا كالوعد والعدة والوعظ
والعظة فكانت من المصادر التي تحذف اوايلها وتعوض في اخرها التا ومعناه ايصال الشي الى الغير بما
ينفعه سوا كان مالا او غير مال يقال وهبت له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا
صالحا قال تعالى هب لي من لدنك وليا ويقال وهبه مالا ولا يقال وهبت منه ويسمى الموهوب
هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة وشرعا تمليك

تمليك العين بلا عوض ودليل جوازها الكتاب قال تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا
مريئا واما حمد الاكل بالوصف الحميد دليل جوازها وقال تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها
الايه والمراد بالتحيه العطيه وقيل المراد بالتحيه العطيه السلام والاول اظهر فان قوله او ردوها
متناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية لان رد عين الكلام غير ممكن كذا في المبسوط والسنة قال
عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا الحديث اخره كونوا عباد الله اخوانا مؤتلفين واجماع الائمة
والدليل المعقول انها من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه
بعد الايمان وسببها ارادة الثواب اما ثواب دنياوي كالعوض وحسن الثنا والمحبة واما عقباوي
وشرائط صحتها انواع منها في الواهب وهو ان يكون من اهل الهبة وكونه عاقلا بالغا مالكا للموهوب
ومنها في الموهوب بان يكون مقبوضا وان لا يكون متصلا بشيء ولا مشغولا به ومتميزا عن غير الموهوب
له وفي بعضها خلاف وسيجيء بيانه **وركنها** الايجاب والقبول **وحكمها** ثبوت الملك
للموهوب له غير لازم الا بموانع وعند الشافعي لازم الا في هبة الوالد لولده والفاظها يجيء بعد ذلك
وقوله عليه السلام تهادوا امر من التهادي وهو ان يهدي بعضهم بعضا وقوله تحابوا صيغة
خطاب في المضارع الجزم بجواب الامر وسقط احدى التائين للتخفيف من التحابب وكان لفظ الماضي
ولفظ جمع الامر ولفظ جمع مخاطب المضارع المجزوم على صيغة واحدة **قوله** وتصح بالايجاب كقوله
وهبت ونحوه كما يجيء اي يصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان
الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه
الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب فلم يقبل الموهوب له يحنث او حلف
على ان يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا وقال مالك يثبت الملك قبل القبض بمجرد الايجاب
والقبول وبه قال ابو ثور والشافعي في القديم لعموم قوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه ولانه ازالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ولانه عقد
لازم يستقل الملك فلم يتوقف لزومه على القبض كالبيع وبقولنا قال الشافعي واحمد واكثر الفقهاء والتابعين
الا ان احمد يقول ان كانت الهبة عينا يصح بدون القبض في الاصح وفي المكيل والموزون لا يصح بدون
القبض ويتفرع على الاقوال ان الزيادات الحادثة بين العقد والقبض لمن تكون ولو باع الواهب
الهبة بين العقد والقبض او مات بينهما فالملك للواهب عندنا وعند مالك لا يصح بيعه والهبة لوارث
الموهوب له وعند الشافعي في اصح قوليه اذا مات الواهب ينقلب الى اللزوم ولا ينفسخ الهبة
حتى يخير الوارث في الاقباض وان مات المتهب قبضه وارثه ان اقبضه الواهب **قوله** ولنا
قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الحديث والمراد نفي الملك لا الجواز العقد قبل القبض ثابت
بالاجماع وقيل هذا الحديث غير مرفوع بل هو قول علي وعمر ولئن كان فهو حجة ايضا لانه مما لا يمكن
معرفته بالقياس وروي ايضا عن جماعة من الصحابة انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم
يعرف لهم في الصحابة مخالف فحل محل الاجماع وما روي عن علي وعمر انهما قالا اذا علمت الصدقة
جازت يحمل على صدقة الاب على ابنه الصغير او على الصدقة الموقوفة فانها تجوز بلا قبض عند ابي
يوسف انه صح بوفيقا بين اقاويل الصحابة كذا في المحيط وفي المبسوط والمغني لابن قدامة وكتب اصحاب
الشافعي ان ابا بكر نحل عائشة رضي الله عنها جداد عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يا
بنية ما احد احب الي منك ولا احد اعز علي فقرا منك وكنت نحلتك جداد عشرين وسقا ووددت انك
قبضتيه وحزتيه وهو اليوم مال الوارث فاقتسموا على كتاب الله عز وجل فدل ان القبض شرط

ولا تتم الهبة فيما يحتمل القسمة الا بالقسمة لانه قال ما قبضتيه ولا حزتيه وكان المراد بالحيازة
القسمة اذ لو حملناه على القبض كان تكرارا وحمل الكلام على الافادة اولى من الاعادة وفيه دليل ان
هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يكون باطلة لمباشرة ابي بكر وفيه دليل ان الرجوع في الهبة قبل
القبض يصح ولانه عقد تبرع فلو ثبت الملك للاقبض ثبوت المطالبة عليه بالتسليم كما في البيع فيؤدي
الى ايجاب شيء لم يتبرع به وهو خلاف موضوع التبرعات خلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك
يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون
اذا كان بسبيل من قبضه ولا يصح القياس على الوقف والوصيه لان الوقف اخراج ملك الى الله
تعالى او التصدق بمنفعته وفيه لا يشترط القبض وكذا في الوصيه ثبت الملك بعد الموت ولا
مطالبة ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم حينئذ والوارث لم يملك هذا جواب سؤال
مقدر وهو ان يقال ان بعدم اهلية الموصي يوارثه يخلفه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصى
له الى وقت تسليم الوارث فاجاب عنه بان حق الوارث متاخر عن الوصية فلا يصح تسليمه فيما
صح فيه الوصية **فان قيل** الشروع في عقد الهبة الزام التسليم تبعا كالشروع في صلاة
النفل وصوم النفل وكالتزام الصلاة بالنذر فانه يلزمه الوضوء تبعا لما انها لا تصح ولا تتم الا به
فكذا ههنا الشروع في الهبة لا يتم المقصود منه الا بالتسليم فينبغي ان يجب التسليم **قلنا** في
الشروع في صلاة النفل انما يلزمه الركعة الثانية والامساكات الباقية صيانة لما مضى عن البطلان
والوضوء تبع للصلاة فكان النذر بها نذرا به ولا كذلك ههنا لان للهبة صحة بدون القبض وانما
القبض للزوم العقد وعقد الهبة بعد القبض غير لازم حتى يصح الرجوع فكيف يكون لازما
قبل القبض اليه اشار في الاسرار وهو اي العاص قول الشافعي وبه قال احمد ولنا ان
القبض الى اخره و**قوله** في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول اي القبض في الهبة بمنزلة القبول
في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه في الايضاح فكما ان الايجاب في البيع يكون تسليطا
على القبض الذي نزل منزلته **فان قيل** لو كان القبض بمنزلة القبول ينبغي ان لا يصح الامر
بالقبض بعد المجلس كذا في مختلفات العنى **قوله** والمقصد منه اي من عقد اثبات الملك
فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض وان لم يأذن بالقبض صريحا ليحصل مقصوده بخلاف البيع
فان القبض في البيع لاسقاط حق البائع في الحبس لثبوت الملك قبل القبض وليس مقصود البائع بالبيع اسقاط
حقه في الحبس بل مقصوده ان يسلم العوض له وذلك بالحبس فلم يجعل البائع بايجاب البيع راضيا باسقاط
حقه في القبض اليه اشار في المبسوط وكذا القبض في الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد في المجلس
يصح بلا اذن لافتقار الكل الى القبض كالهبة **قوله** لان الاول صريح فيه اي في عقد الهبة والثاني
اي نحلت مستعمل فيه اي عقد الهبة روي عن النعمان بن بشير انه قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين
فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال عليه الصلاة والسلام الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل
نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور كذا في المبسوط ويجيء بعد **قوله** لان عنه اي عين
الارض على تاويل المذكور وفي بعض النسخ عينها لا يطعم وكان معناه اطعمتك ما حصل منها وكان تمليكا
لمنفعة الارض دون عينها فلان حرف اللام للتمليك فكان معنى كلامه ملكت هذا الثوب الا
ترى ان في التمليك بذلك لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك فكذا في التمليك بغير بدل قال عليه الصلاة
والسلام من اعمر عمرى الحديث يقال اعمرته دارا او ارضا او ابلا اذا اعطيته اياها وقلت هي لك عمري

او عمرك فادامت رجعت الي قال لبيد • ما المال الا معمرات ودايع • والاسم العمري كذا
في الصحاح والمغرب **قوله** ولورثته بعده اي لورثة المعمر له بعد موته يعني معناه وهبتها
لك فاذا مت فهي لي هذا تمليك صحيح في الحال وشرط الرجوع اليه والي ورثته باطل ذكره في
المبسوط ولا خلاف بين اهل العلم في استحباب التسوية وكراهية التفضيل والخلاف في كيفية التسوية
فعندنا والشافعي ومالك يسوي بين الذكر والانثى وعند احمد التسوية المستحبة ان يقسم بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال محمد وعطا وشريح ولو فاضل بينهم جاز ولا يجب ان يسترجع وبه قال
الشافعي ومالك والثوري وقال احمد وداود يجب ان يسترجع لحديث النعمان بن بشير فانه قال في
رواية فارجعه وفي رواية فارْدُدْهُ فانه سماه جورا وامر برده وقلنا في حديثه اشهد على هذا غيري
فقد امره تاكيدها وهذا دليل عدم وجوب الرجوع ولهذا احتج ابو بكر رضي الله عنه لعايشة عداده
عشرين وسقا ثم قال ما تقبضيه فعلم ان بالقبض لا يجب الرجوع قال تعالى او كسوتهم والكفارة لا تتادى
الا بتمليك العين بالاجماع لما روينا وفي بعض النسخ لما روينا من قبل واراد به ما ذكر في كتاب العارية
المنحة مردودة ما قلنا عن المغرب ان المنحة هي الشاة او الابل يعطيها الرجل آخر ليشرب لبنها ثم يردها
ثم كثر استعماله حتى قيل في كل من اعطى شيا منح فعلم ان العارية معناه اللغوي والشرع مبني عليه
ولكن اذا نوى التمليك يثبت لانه يحتمله **قوله** داري لك هبة تنصب هبة على الحال
وكذا في قوله سكنى هبة بالنصب على الحال او بالتمييز فيهما فهي عارية وبه قال الشافعي ومالك
واحمد واكثر اهل العلم لان قوله داري لك ظاهره في تمليك الرقبة ويحتمل تمليك المنفعة الا يرى
انه عليه الصلاة والسلام مر بحايط فاعجبه فقال لمن هذا قال رافع بن خديج لي استاجرته فقال عليه
الصلاة والسلام لا تستاجره بشي منه ولهذا لو حلف لا اسكن دار فلان حنث بالاجارة والاعارة
فثبت ان لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان اول كلامه محتملا لتمليك السكنى و **قوله** سكنى
محكم في تمليك المنفعة لانه لا يحتمل تمليك الرقبة وانه خرج تفسيرا لاول الكلام فيعتبر به حكم اول
الكلام وصار المحكم قاضيا على المحتمل وكانه قال سكنى داري لك فيكون عارية **قوله**
لان العارية محكم ومن حق الكلام ان يقول لان السكنى محكم في تمليك المنفعة كما ذكره في المبسوط
فانه ذكر لان السكنى محكم ولكن ذكر بعد هذه المسايل وكذا لو قال هي لك هبة عارية او عارية
هبة فهي عارية قدم لفظ الهبة او اخره لانه يحتمل يجوز ان يكون مراده هبة العين ويجوز ان
يكون مراده هبة المنفعة و **قوله** عارية تفسير لذلك المبهم لانه في نفسه محكم ولما كان
كذلك جاز ان يقع في قلب المصنف انه ذكر لفظ العارية مقرونا بلفظ الهبة كما علل في المبسوط فذكر
هكذا او تقدير الكلام لان السكنى الموضوعة للعارية محكم في تمليك المنفعة و **قوله** هبة يسكنها
في المبسوط ولو قال داري لك هبة تسكنها او قال عمري سكنها وسلمها اليه فهي هبة لان قوله
تسكنها ليس بتفسير اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم لكنه مشورة اشار عليه في ملكه فان شا قبل
مشورته وسكنها وان شا لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملك الدار عمرى ليسكنها وان لم يذكره
لا يعتبر به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه بخلاف
قوله هبة سكنى او سكنى هبة فانه عارية لانه تفسير له فيجوز ان يغير اول الكلام باخره كما في الاستثنا
والشرط **قوله** الا محوزة وعني بالمحوزة ان يكون مفرغا عن املاك الواهب حتى لا يصح هبة
الثمر على راس الشجر والزرع في الارض دون الشجر والارض وكذا العكس عندنا وعند الايمة الثلاثة
يجوز في الوجهين فقوله مقسومة احترازا عن المشاع قيل في الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم كل شي يضره

التبعض ويوجب نقصانا في ماليته فانه لا يحتمل القسمة كالدرهم والدينار فهبة بعضه جايز بلا
خلاف وقيل كل ما يفوت بالقسمة منفعته اصلا كالعبد او جنس منفعته كالحمام والرحا فهو لا يحتمل
القسمة وقيل كل مشترك بين اثنين لو طلب احدهما قسمته وابى الاخر فالقاضي لا يجبره على القسمة فهو مما
لا يحتمل القسمة ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لا الطاري حتى لو وهب شيا ورجع
في بعضه صح الهبة والعبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد حتى لو وهب مشاعا وسلم مقسوما
يجوز وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الاخر وسلمه جملة جازت الهبة او وهب
ثمرا في نخل او زرعا في ارض ثم سلم بعد ذلك مفرزا يجوز كذا في الذخيرة وشرح الطحاوي والايضاح
فعلى هذا قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة معدول عن ظاهره معناه لا يثبت الهبة
الملك فيما يقسم الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم وقعت جايزة ولكن غير مثبتة للملك
قبل تسليمه مفرزا ويتوقف ثبوت الملك الى امر آخر لا يسمى ان العقد غير جايز كالبيع بشرط الخيار
قوله وقال الشافعي يجوز في الوجهين اي فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل وبه قال مالك
واحمد واحتجوا بقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فهذا
يقتضي ان الصداق لو كان عينا ينتصف بالطلاق قبل الدخول وندب كل واحد من الزوجين الى ترك
الكل للاخر وذلك من كل واحد هبة في المشاع وبما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال سمعت النبي
صلى الله عليه وسلم وقد جاءه رجل معه كبة من شعر فقال اخذت هذه من المغنم لاصلح بها بردعة
فقال عليه الصلاة والسلام ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك وبما روي ان وفد هوازن لما جاوا
يطلبون من النبي عليه الصلاة والسلام ان يرد عليهم ما غنمه منهم فقال عليه الصلاة والسلام ما كان لي
ولبني عبد المطلب فهو لكم رواه البخاري وهذا هبة مشاع ولان الشايع محل لما هو موجب هذا العقد
وهو الملك فيكون محلا للعقد اذ الشرط في محل اضيف اليه العقد ان يكون محلا لحكم العقد وقد
وجد ولهذا يجوز فيما لا يحتمل القسمة بالاجماع **قوله** كالبيع بانواعه اي من الصحيح والفاسد
والصرف والسلم وغيرها **قوله** قابل لحكم التمليك و **قوله** وكونه تبرعا الى اخره جواب
عن سوال مقدر وهو ان يقال البيع لا يفتقر الى القبض بخلاف الهبة فانه عقد تبرع ويحتاج الى
القبض فلو قلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة ولم يتبرع به فقال كونه عقد
تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية فانه لو دفع الفا الى رجل على ان يكون نصفه قرضا ويعمل في
النصف الاخر شركة يجوز ذلك مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة وكذا
الوصية تبرع بعد الموت والشيوع لا يمنعه وكذا القبض شرط في البيع الفاسد عندكم مع انه يصح
في الشايع وكذا في بدل الصرف وراس مال السلم فان القبض شرط والمشاع يصلح راس مال السلم و
بدل الصرف وكذا يصح في المشاع الذي لا يحتمل القسمة مع ان القبض شرط **قوله** ان القبض
منصوص عليه وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فيراعى وجوده على اكمل الجهات
كشرط استقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصا عليه يشترط الكمال فيه حتى لو استقبل الحطيم لا يجوز
صلاته لانه من البيت بالسنة وهذا الان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون
الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة
وهو ان يصير الشي في حيز القبض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه
من وجه فتمام الحيازة بالقسمة فيما يحتمل القسمة لانها افراز في مكان معين ولا سبيل الى ذلك الا بالاجماع
ولا اجماع الا بالحيازة فما لم يجتمع لا يصير مخوزا على الحقيقة في يده وذلك اي المجتمع في ملكه غير

موهوب لانه غير مشاع و الموهوب مشاع فيمتنع تمام الحيازة لما قوله ولان ما للغير غير
يجوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازه في جزء ملك الغير وحقه لا يصير محوزا الا بغيره صارت
الحيازه ناقصه فلا ينهض لافاده الملك ولان في تجويزه اي في تجويز عقد الهبة في المشاع الزامه
اي للواهب المتبرع شيا لم يلزمه فيصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان على المتبرع لانه لو
ملك قبل القبض لطالبه بالتسليم اليه وكذا لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع
سببا لوجوب الضمان على المتبرع لانه لو ملك قبل القبض لطالبه بالتسليم اليه وكذا لو ملكه قبل
القسمه لطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع
بخلاف ما لم يقسم لان القبض لا يتصور فيه الا ناقصا فيكتفى به لانا لو اعتبرنا الكمال فيه لانسد
باب الهبه فيه اما فيما يحتمل القسمه فيتصور التسليم فوقه فلا يكتفى بالقاصر منه و **قوله**
والمهاياه الى اخره جواب سوال يرد على قولنا انه يلزم في جوازه مونه القسمه وهو لم يتبرع به
وهو ان يقال ينبغي ان لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة لانه يلزم المهاياه وهو لم يتبرع به فقال
المهاياه يلزمه في المنفعه لا في العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بل هو من ضرورات
الاسماع بملكه ولا يرد على هذا ما لو اتلف الموهوب بعد التسليم حيث يضمن قيمته للموهوب له
لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمه ههنا وان كان بالملك فذلك
الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة كما ان شرا القريب اعتاق وان كان العتق بسبب
الملك لان ذلك الملك حكمه كذا في المبسوط وهذا التعليل لا يمشي في جميع الفصول ذكره في المبسوط
واجيب بان وجود العلة يراعى في جنس الحكم لا في كل صورة واليه اشار في الكتاب بقوله لان
الحكم يدار على نفس الشيوع **قوله** فالقبض فيها اي في العقود الثلاثه غير منصوص عليه لان
النص جا باشتراط القبض فيها اما قوله عليه الصلاه والسلام يدا بيد فالمراد بيان التعيين
الا ان التعين في الثمنين لا يحصل الا بالقبض وكذا في السلم قبض راس المال للاحتراز عن الكالي بالكالي
فاذا لم يكن منصوصا لا يشترط كماله بل يراعى وجوده فقط لان القبض فيها شرط بقا العقد على الصحة
لا شرط الابتدا والبقا اسهل من الابتدا **قوله** تبرع من وجه بدليل انه لا يصح ممن لا يصح منه
التبرع كالصبي والعبد وعقد ضمان من وجه بدليل ان المستقرض مضمون بالمثل فلا يبعد ان يتعلق به
ضمان المقاسمة ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة
عملا بالشبهين ولان شرط القبض فيه غير منصوص عليه ليراعى وجوده على اكمل الجهات كذا في المبسوط
واما الجواب عن الاية ان المعقول حقيقته وذلك في الدين دون العين واسقاط الدين جايز مشاعا
كان او غير مشاع لانه غير محتاج الى القبض ثم في العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا ولكن
طريقه وذلك بان يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمه وليس في الاية ما يمنع ذلك وكذا الجواب
عن حديث وفد هوازن بعني ما كان لي ولبني عبد المطلب بعد القسمة لكم مع ان هذا امتناع عن تمام
الملك بالقبض وعن حديث الكبة الشعر انما قال ذلك عليه الصلاة والسلم على وجه المبالغه في النهي
عن الغلول اي لا املك الا نصيبي فكيف اطيب لكم هذه الكبه من الغنيمه الا ترى انه لا يصح لواحد
من الغانمين ان يهب نصيبه قبل القسمه لانه لا يدري اين يقع نصيبه وكان ذلك مما لا يحتمل القسمة
فان الكبه من الشعر اذا قسمت بين جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به واما الجواب عن
قياسه بالبيع وغيره فقد ذكرنا الفرق بين الهبة وغيرها فلا يصح القياس مع وجود الفارق المانع
عن القياس اليه اشار في المبسوط والاسرار **قوله** لان الحكم يدار على نفس الشيوع وهذا في

الحقيقه جواب عن قول ابن ابي ليلى فان عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمه يجوز في الشريك لعدم
استحقاق ضمان القسمه على المتبرع فقلنا ان الحكم يدار على الشيوع فلا يلزم وجود حكمه الحكم في كل
الصور اولعدم جواز الهبة في المشاع سببان احدهما استحقاق ضمان القسمة والثاني ان القبض
ناقص في الشايع ولهذا قلنا ان التعليل بنقصان القبض يمشي في كل الصور **قوله** فالهبة فاسدة
وفي النهاية لفظ الفساد ههنا معدول عن ظاهره بل معناه الهبه لا تثبت الملك كما ذكرنا في اول
المسلة ومعنى قوله جاز اي تثبت الملك حينئذ ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعا هل يضمنه
الموهوب له عند الهلاك ذكر ابن رستم انه يضمن ولا يفيد الملك وبه اخذ الطحاوي وقال
عصام يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده وبه اخذ بعض المشايخ كذا في فتاوي قاضي خان **قوله**
لان الموهوب معدوم والعقد المضاف الى المعدوم لغو فلا ينعقد العقد الا بالتجديد **فان
قيل** الدهن ان لم يكن موجودا في السمسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسمسم
مطلقا بلا اشتراط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم ويجوز بيعه بالاعتبار فدل ان الدهن
موجود فيه **قلنا** حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه اخر المدارين الا انه لا بد من
وجود الدهن لا محالة فيثبت شبهه بوجوده بالسمسم قبل العصر والشبهه كالحقيقة في باب
الربا ولكن لا يكفي لصحة الهبة **فان قيل** على هذا ينبغي ان لا يجوز البيع بالاعتبار
ايضا لان العقد لا ينعقد الا في الموجود **قلنا** هذا لا يلزمنا لان كل واحد من الدهن والسمسم
موجود فلا يكون بيع الموجود بالمعدوم وفيه نوع تامل بخلاف ما تقدم وهو المشاع فانه
محل العقد جايزا لان المشاع موجود وقت العقد ومتصور العقد منه لكن لا على سبيل
الكمال ولهذا يصح بيعه بالاجماع **قوله** وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم الى
قوله بمنزله المشاع يعني لا يجوز كما في المشاع ويجوز عند الائمة الثلاثة ثم عندنا اذا حلب اللبن وجز
الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له يملكه استحسانا كما في المشاع اذا وهبه وسلمه وكذا لو قطع الثمر له
والزرع وسلمها لان امتناع الجواز للاتصال لا لكونها معدوما ثابتا بدليل ان الصوف على ظهر الغنم
واللبن في الضرع محل للتمليك حتى يجوز الصلح عليه عند ابي يوسف وباعتبار كونه بمنزلة الشايع
وبالفصل ينعدم الشيوع كذا في المبسوط وفي الذخيره الاصل في جنس هذه المسايل ان اشتغال
الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض والقبض الناقص يمنع صحة الهبة كما في المشاع عندنا وذلك
لان الموهوب ما دام مشغولا بملك الواهب كان يد الواهب قايمة عليه وقيام يده عليه يمنع تمام
يد الموهوب له فيمنع اتمام قبضه فاذا ثبت هذا لو وهب دارا فيها متاع الواهب او وهب جرابا او
جوالقا فيها طعام الواهب فالهبه غير تامة فيقع فاسدة ولا معتبر بالشغل وقت العقد اذا وقع التسليم
فارغا مفرزا والمعتبر الاذن بالقبض بعد التفرغ ولا يكفي قوله سلمها اليك مع الشغل اما لو وهب ما
في الدار وما في الجوالق والجراب من الطعام فالهبة تامة لان الموهوب ههنا شاغل لملك الواهب
وليس بمشغول بملكه وذلك لا يوجب يدا للواهب اكثر ما فيه ان يد الواهب قايمة على الدار والجوالق
والجراب من الطعام فالهبه تامة لان الموهوب ههنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه وذلك لا
يوجب يدا للواهب اكثر ما فيه ان يد الواهب قايمة على الدار والجوالق والجراب والمتاع والطعام
فيها الا ان هذه الاشيا تابعة والحكم يحط ما فيها وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الاصل
ولا كذلك المسله الاولى ونظيره ما لو وهب جارية وعليها حلي فوهبها دون حليها وسلمها فالهبة فيها
تامة وكذا الدابة وعليها سرج او لجام او وهب السرج واللجام دون الدابة **قوله** واذا كانت

العين في يد الموهوب له ملكها ولا يعلم فيه خلاف والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما
عن الاخر لان التجانس دليل التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد عن الاخر واذا تغايرا ناب الاعلى
عن الادنى لان في الاعلى ما في الادنى وزيادة فوجد القبض المحتاج اليه وزيادة شي والادنى
لا ينوب عن الاعلى لان الادنى مع الاعلى قدر بعضه والمحتاج اليه كله ولم يوجد فلا ينوب وهذا
معنى قولهم ومتى اختلف القبضان ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون
فعلى هذا لو كان في يده وديعة او عارية او امانة فوهبه منه يملكه ولا يحتاج الى قبض اخر ولو
باعه منه لا ينوب هذا القبض عن قبض البيع لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كذا في شرح
الطحاوي والذخيره وذكر ابو نصر في شرحه لو كان مضمونا في يده بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن
قبض الواجب بالهبة ولا بد من تجديد القبض ولو كان مضمونا في يده بالقيمة والمثل كالمقبوض
على سوم الشرا والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج الى تجديد القبض لوجود اصل القبض
وزيادة والقبض الجديد ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن من قبضه **قوله** ولو
ولو وهب لابنه الصغير الى اخره وفي المبسوط وهب لابنه شيا معلوما في يده جاز ذلك وقبض الاب
يكفي فيه بلا قبول الاب والاشهاد عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثه بعد موته او بعد ادراكه
وفي الذخيره تصح الهبة من غير قبول الاب اذ كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالايجاب كبيع الاب
ماله لابنه الصغير لانه في قبض الاب اي الموهوب في قبضه فينوب عن قبض الابن الصغير لانه
في قبض الاب اي الموهوب في قبضه فينوب عن قبض الابن الصغير ولا نعلم فيه خلافا وقال ابن
عبد البر اجمع الفقها على ان هبة الاب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض جديد اما هل
يحتاج الى القبول لابنه قال الشافعي والقاضي الحنبلي لا بد ان يقول بعد قوله وهبته له
قبلته وظاهر مذهب احمد لا يحتاج الى هذا كقولنا وقال مالك لو وهبه ما لا يعرف بعينه
كالاثمان لا الا ان يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الاثمان وغيرها **قوله**
لان يده اي يد المودع كيده اي كيد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة
مقام يده **فان قيل** لو وهب الوديعه من المودع يجوز فلو كانت يده كيد المودع لم يكن
قابضا لنفسه **قلنا** اليد للمودع حقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضا لنفسه وبحكم
يده ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع واذا قبل التمليك بالهبة
فاما بعده فهو عامل لنفسه **قوله** لانه في يد غيره اي غير الاب فلا ينوب قبض المرتهن
والغاصب عن قبض الهبة للولد وقوله لانه في يد كلام تام باسم ان وخبره او في ملك غيره اي
اي الموهوب في ملك غير الاب اي في البيع الفاسد فلا ينوب قبض المشتري بالشرا الفاسد عن
قبض الهبه للولد وفي الذخيره ارسل غلاما له في حاجة ثم بعد الارسال وهبه صحت الهبة اذ بعد
بعد الارسال في يد مولاه حكما فلو لم يرجع العبد حتى مات الاب فالعبد للولد ولا يصير ميراثا
وكذا لو وهب عبدا آبقا له من ابنه الصغير فما دام مترددا في دار الاسلام يجوز الهبه والا
قابض له بنفس الهبه وفي المنتقى عن محمد لو وهب داره لابنه الصغير وفيها ساكن باجر لا يجوز ولو كان
بغير اجر يجوز اذ يد الساكن باجر يمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة وبغير اجر لا يمنع فلا يمنع تمام الهبة
قوله وكذا كل من يعوله كالاخ والعم والاجنبي اي قبض الهبة يصح لاجل اليتيم كل من يعوله
وعند الايمة الثلاثة اذا وهب للصبي غير الاب من الاولياء لا بد ان يوكل من يقبله له ويقبضه له
ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز ان يوجب

ويقبل ويقبض لكونه يجوز ان يبيع لنفسه قال ابن قدامه الحنبلي والصحيح عندي ان الاب وغيره في
هذا سوا كقولنا لانه عقد يجوز ان يصدر منه ومن وكيله فجاز له ان يتولى طرفيه كالاب بخلاف البيع
فيكون عاقدا لنفسه وفي النهاية اطلق في الكتاب فقال يصح من كل من يعوله ولكن ذكر في الايضاح اذا
كان الاب او وصيه او الجد او وصيه في الحياة لا يجوز قبض غيرهم ممن يعوله من الاجنبي او ذي رحم
محرم لان ولاية التصرف لهولا الاربعة فقيام ولاية من يملك التصرف في ماله يمنع ثبوت حق القبض له
لغيرهم فان لم يكن احد من هولا الاربعة جاز قبض من في عياله لانه اذا كان في عياله فله عليه ضرب
ولاية ولهذا يؤدبه ويسلمه في الصناعة وله حق الحضانة ولا يجوز قبض من ليس في عياله وان كان ذا
رحم محرم لفوات الولاية وبه قالت الايمة الثلاثة وعندهم يجوز للحاكم او امينه بامره ان يقبض
للصبي **قوله** وهو اي الصبي من اهله اي من اهل تصرف تمحض نفعا له وفي المبسوط هذا
جواب الاستحسان وهو قولنا اما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وان كان عاقلا وهو قول
الشافعي لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ لان ولاية الغير عليه لا تزول عنه قبل البلوغ خصوصا
فيما يمكن تحصيله بفعل الغير لان اعتبار عقله للضرورة ولا ضرورة فيما يمكن تحصيله بفعل الغير
وفيما لا يمكن تحصيله بفعل الغير كالاسلام واختياره احد الابوين ووصيته يعتبر عقله لدفع
الضرر عنه وجه الاستحسان ان عدم اعتبار عقله للنظر ودفع الضرر عنه وذلك فيما كان مترددا
بين النفع والضرر اما في المنافع المحض يعتبر عقله ويلحق بالبالغ كما في كسبه المباحات وبه قال
احمد وفي روايه عن احمد ان قبضه باذن الولي صح قلنا يصح قبضه بحضور الاب وبغير حضوره
لانه يتمحض عليه بابا ما في تحصيل هذه المنفعه ولهذا يملك بعض الاب ايضا **قوله** بعد
الزفاف لان قبل الزفاف لا يكون له عليها يدا مستحقه وبعده يكون له عليها يد مستحقه لانه
يعولها فقد ذكر الزفاف في الكتاب وذكر في الايضاح الدخول وفي الذخيره وشرط في قبض
الزوج على زوجته الصغيره ان يكون يجامع مثلها حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها
عند بعض اصحابنا والصحيح انه اذا كان يعولها يصح قبضه عليها جامع مثلها او لا لانه لما زفت
اليه اقام الاب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبه من باب الحفظ ولكن
لهذا لا يمتنع ولايه الاب حتى اذا قبض الاب صح ايضا لقيام ولايته وليس هذا كالصغير سلمه ابوه
الى اجنبي يعوله لانه لا يثبت له عليه استحقاق اليد ولا كذلك الزوج ولو ادركت لم يجز قبض
الزوج والاب لانها صارت وليه نفسها حين بلغت عاقله كذا في المبسوط في الصحيح متعلق بقوله
ويملكه اي الزوج مع حضره الاب وهذا احتراز عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل المسألة
ان قبض الزوج انما يصح اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكر في الحاكم في مختصره وبقوله لا يعوض
الاب يحترز عن تصرف الزوج لما ذكرنا ان ولاية الزوج بتفويضه امورها دلالة اليه اما قبض
غير الاب عليه انما يصح للضرورة ولا ضروره عند حضور من له ولاية عليه كذا في المبسوط **قوله**
وان وهب اثنان لواحد الى اخره لا خلاف فيه لاحد **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد وبه
قالت الايمة الثلاثة كما اذا رهن من رجلين يعني رهن داره من رجلين مشاع لا يحتمل القسمة ولان الشيوع
انما يوثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يوثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا
وابو حنيفة يقول وهو قول زفر ان هذه هبة النصف ولهذا ثبت الملك في النصف لهذا وفي النصف
لهذا بالاجماع ومتى ثبت الملك لهما شايعا ثبت ان التمليك وقع شايعا اذ الملك حكم التمليك ومتى حكمنا
بثبوت الملك في النصف لهذا وفي النصف لهذا فقد حكمنا بانه تمليك النصف من هذا والنصف من

وقوله م

هذا فقد تحقق الشيوع وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة وصار كما لو وهب النصف
لكل واحد بعقد على حدة **فان قيل** الملك يحصل بالتسليم ولا شيوع فيه دون القبض
والملك يتعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع فوجب ان يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض
قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ولانه طريق للقبض
فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم كذا في المبسوط والايضاح **قوله**
ولهذا لو كانت اي الهبة فيما لا يحتمل القسمة فقبل احدهما صح وان لم يقبل الاخر بخلاف ما اذا باع
من اثنين فقبل احدهما حيث لا يصح **قوله** بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويتصور ان يكون
ملك الحبس ثابتا لكل واحد على الكمال اذ لا تضايق في الحبس فيجوز ان يكون العين محبوسا بحق
هذا على الكمال وبحق هذا على الكمال بخلاف ملك العين فانه لا يتصور اثباته لكل واحد على
الكمال وبخلاف الاجارة من رجلين فانها جائزة عنده مع ان اجارة نصف الدار ما طلة لان المانع
ثمة استحقاق عود المستاجر الى يد الموجر في مدة الاجارة بحكم المهاياة وذا لا يوجد في الاجارة
من اثنين ولهذا جاز اجارة احد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ولان المانع من اجارة المشاع
تعذر استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من اثنين وعدم
جواز الهبة من اثنين باعتبار نقصان القبض بسبب الشيوع لا باعتبار ضمان المقاسمة على المتبرع
والدليل على انه لا اعتماد ههنا على اسقاط ضمان المقاسمة على المتبرع والدليل على انه لا اعتماد ههنا
على اسقاط ضمان المقاسمة عن الواهب ان اثنين لو وهبا لاثنين على ان يكون نصيب احدهما لاحدهما
بعينه ونصيب الاخر للاخر بعينه لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين ضمان المقاسمة كذا في المبسوط
وغيره **قوله** حمل ابي حنيفة وفرق اي ابو حنيفة في رواية الجامع بين الصدقة والهبة في الحكم
حيث جوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين وفي الاصل اي المبسوط سوى حيث لم
يجوز الصدقة على محتاجين مطلقا بقوله وكذلك الصدقة اي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده كما لا
يجوز الهبة والظاهر ان المراد الصدقة على الفقيرين وكان لفظ الصدقة ههنا حقيقة قال
الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة
لان فعل الهبة للفقير صدقة والصدقة على الغني هبة والاظهر ان في المسئلة روايتين ووجه
رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض كالهبة وقبض كل واحد يلاقي شايعا فلا يتم به الصدقة
كما لا يتم به الهبة **قوله** على هذه الرواية اي رواية الجامع الصغير ان الصدقة يقع لله تعالى
ولهذا لم يكن فيها رجوع وانما للفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود وهو واحد لا شريك له
فلا يتمكن الشيوع فيها كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له فلا يمكن
الشيوع بخلاف الهبة الا ترى انه حاله المتصدق عليه لا يمنع الهبة حتى اذا اوصى بثلث ماله على الفقراء
يجوز بخلاف ما لو اوصى لقوم لا يحصون من الفقراء وكذا اذا اوصى بعين لفلان وللفقراء فنصفه
لفلان ونصفه للفقراء باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقير **قوله** وقيل والمراد من المذكور في
الاصل الصدقة على غنيين وكان لفظ الصدقة حينئذ مجازا عن الهبة فعلى هذا التاويل لا مخالفة بين الروايتين
فلا يحتاج الى الفرق **قوله** وقال محمد يجوز وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** عن ابي يوسف
فيه روايتان وفي الذخيرة والايضاح وغيرهما حاصل هذه المسائل عند ابي يوسف هو ان وهب لرجلين
واجمل ثم فصل بالصاد المهملة وكان تفصيله على طريق التفاضل كالثلث والثلثين لا يجوز عنده ولو فصل
وسوى النصيبين يجوز عندهما خلافا لابي يوسف ولو ابتدا بالنصف من غير سابقة الاجمال بان قال

وهبت لهذا نصفها ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف ولكن ذكر في الكتاب عن ابي يوسف روايتان
اما لو فصل ابتدا على طريق التفاضل لم يذكر في هذا الكتاب فينبغي ان لا يجوز عندهما كما لو فصل
ابتدا وسوى بين النصيبين على ما ذكره في عامة النسخ **قوله** فابو حنيفة مر على اصله وكذا
محمد لان هذه هبة واحدة من رجلين نص على التفاضل او التساوي او لا الا ترى ان في البيع من
رجلين يجعل معا واحدا سواء نص على التفاضل او لا فكذا ههنا وابو يوسف يقول انما جوزنا
الهبة لاثنين على تقدير انه لم يقصد به اثبات الحكم في الابعاض فاذا نص على الابعاض على التفاوت
علمنا ان قصده اثبات الحكم في البعض لهذا والبعض لهذا فيدخل فيه الشيوع ولهذا جوزنا الرهن
من اثنين عند عدم التعرض للابعاض واذا تعرض بان قال رهنتها هذا الشيء على ان يكون النصف
رهنا عند هذا والنصف الاخر عند هذا كان فاسدا لان بالتفصيل يتفرق العقد فكذا ههنا
اما اذا نص على التناصف فقد امكن تصحيح العقد بجعل هذا مجازا عن موجب العقد لان مطلق العقد
يقتضيه فلا يكون حالة التفصيل مخالفا لحالة الاجمال فيصير التفصيل لغوا فلا يختلف العقد
فلم يعتبر شيوعا في العقد بخلاف ما اذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد لان التفصيل
يخالف الاجمال فيجب اعتباره فيتفرق العقد وفي الاسرار وكلام محمد اوضح لان افتراق الملك
في الهبة ثابت بنفس العقد ههنا ولا عبرة بالتفصيل كما لو قال نصفين وانما ثبت بالتفصيل
التفاضل في النصيب والمبطل للهبة نفس الشيوع لا شيوع باتصاف مقداره وما ذكر دليل محمد في
المبسوط دليل على ان اختياره قول محمد وفي النهاية في تعليل ابي يوسف في قوله ان التنصيص بالابعاض
يظهر الى اخره نوع اخلال حيث لم يعلم بما ذكر ما فيه موضع خلافه من الابعاض وما فيه خلاف من
الابعاض فانه لو نص على الابعاض بطريق التنصيص بعد الاجمال كما لو قال وهبتها لهذا نصفها ولهذا
نصفها فهو جائز على ما ذكر في الاسرار والذخيرة والايضاح وانما لا يجوز عنده التنصيص بالابعاض
اذا لم يتقدمه اجمال وفي التنصيص بالابعاض على التفاضل غير مشروط تقدم الاجمال وانه لا يجوز
عنده وفي التتمة هبة رجل من رجلين على اربعة اوجه احدها ان يكون العقد مختلفا والقبض
مختلفا وثانيها ان يكون العقد معا والقبض مختلفا وكلاهما لا يجوز وثالثها ان يكون
العقد مختلفا والقبض معا ورابعها ان يكون كلاهما معا بان يقول لا قبلنا ها وقبضناها فهما لا
يجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما وهبة العين الواحد لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافا لهما ولو
كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافا لهما قال صاحب المجتبى وفيه نظر ولو وهب لابنته صغير
وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض وفي الكافي وهب متاعا في داره وطعاما في جرابه وسلمهما
بما فيه صحت الهبة في المتاع والطعام وبالعكس لا يجوز لان الموهوب مشغول بملك الواهب فيمنع
صحة الهبة بخلاف ما لو كان شاغلا لا يمنع التسليم فيصح كله الهبة ففي الفصل الاول الموهوب
شاغل لا مشغول لان المظروف يشغل الظرف وفي الثاني الموهوب مشغول بملك الواهب لان
الظرف لا يشغل المظروف ولو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع ووهب نصف دار ولم يسلم حتى
وهب النصف الاخر وسلم الكل جملة صحت الهبة بلا خلاف وصار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما
اذا تفرق التسليم ولو وهب زرعا في ارض او ثمرا في شجر او حلية سيف او بناء دار او قفيزا من صبرة
وامره بالحصاد والجداد والنزع والنقض والكيل وفعل صح استحسانا ويجعل كانه وهبه بعد الحصاد
والجداد ونحوهما وان لم ياذن له بالقبض وفعل ضمن لانه افسد ملك غيره ولو وهب دارا بمتاعها
ثم استحق المتاع صحت الهبة في الدار لانه بالاستحقاق ظهر ان يده في المتاع يد غصب وصار كما لو

غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار او اودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح
ولو وهب ارضا وزرعا وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الارض لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال
كشي واحد فاستحقاق احدهما كاستحقاق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فبطل الهبة في الباقي •

باب الرجوع في الهبة

لما ذكرنا ان الهبة غير لازم
حتى يصح الرجوع فيها احتاج الى بيان مواضع الرجوع **قوله** هبة لاجنبي فله الرجوع اي
اذا لم يكن شي من الموانع التي ذكرها وهذا بعد التسليم اذ قبل التسليم له الرجوع في كل المواضع
ثم عند الشافعي لا رجوع في الهبة الا للوالد فيما يهب لولده وبه قال مالك واحمد في ظاهر مذهبه
ثم في هبة الوالد لولده عن احمد في رواية لا يرجع وعن مالك اذا رغب راغب في مواصلة الولد
بسبب المال الموهوب بان زوج لاجله او جهز لابنته لا رجوع فيه وكذا اذا اسفع الولد به
وفي غير ذلك له الرجوع وللشافعي في غير الاب من الاصول قولان احدهما لا رجوع لان
الخبر ورد في الاب واصحهما انهم كالاب كما انهم كالاب في حصول العتق ووجوب النفقة وسقوط
القصاص وعن مالك انه لا رجوع لهم سوى الام وقال احمد لا رجوع لها ايضا فاما غير الاصول من
الاقارب كالاخ والعم وساير الاقارب كالاجنبي للشافعي قوله
عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب الحديث وفي رواية لا يحل لواهب الحديث وقال الترمذي
روى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس لاحد ان يعطي
عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي لولده وقال حديث حسن وقال عليه الصلاة والسلام
العايد في هبته كالعايد في قيئه ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد
المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع فيما بين
الوالد والولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه فلم يتم التمليك كما في الزكاة
اليه اشار في الاسرار والمبسوط **قوله** ولنا قوله عليه الصلاة والسلم الواهب احق بهبته
الى اخره ولا يقال المراد منه قبل التسليم فلا يكون حجة لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم لانه عليه
الصلاة والسلم جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيه حق واضافها الى الواهب باعتبار انها
كانت له كما يقال اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولكن هذا لا يكون الزاما على المالك
لان القبض غير مشروط عنده لثبوت الملك ولان المقصود بالهبة العوض والمكافاة عادة في
الاجانب ومنه الايادي قروض **قال** قايلهم • واذا جوزيت قرضا فاجزه • انما يجزي الفتى
ليس الجمل • اي الجاهل يعني انما يجازي العاقل لا الجاهل والجمل مثل في البله ذكره في المغرب وقد
تايدت العادة بالشرع قال عليه الصلاة والسلم تهادوا تحابوا والمعروف كالمشروط والعاقل
يقصد وجود الفعل من الجانبين **قوله** والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع من غير قضا ولا
رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه يتفرد بالاخذ لحاجته بلا قضا ولا رضا وسمي ذلك رجوعا
باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا او المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروة ولهذا جا في اكثر الروايات
بلفظ لا يحل وكان بمنزلة قوله عليه السلم لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره
الى جنبه طاويا اي لا يليق ذلك ديانة ومروة وان كان جايزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب وهكذا
نقول لا يليق الرجوع ديانة ومروة فيكون مكروها الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلم العايد في
هبته كالعايد في قيئه وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي
الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقي ثم يعود في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول

سول
انه سيفتح ويويد ما ذكرنا حديث عمر حين اراد شرى فرس حمل عليه في سبيل الله فسال عن ذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلم لا تبعه وان اعطاك بدرهم فلما كان هذا القول
موجبا حرمة ابتياع ما تصدق به فكذلك هذا الحديث لم يكن موجبا حرمة الرجوع في الهبة اليه اشار
في الاسرار والمبسوط ثم للرجوع موانع ذكر بعضها اي القدوري وقيل الموانع سبعة جمعها العالم في قوله
ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه • فالدال الزيادة والميم موت الواهب او
الموهوب والعين العوض والخا الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة
والها هلاك الموهوب احدها قبض العوض لما روينا ولان حق الرجوع كان لخلل في مقصوده وقد
عدم ذلك بوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فيزول العيب قبل ان يرده وثانيها
الزيادة المتصلة كالغرس والبنا والسمن وبه قال احمد في رواية وقال في رواية لا يمنع الرجوع في
هبة الوالد لولده كالزيادة المنفصلة وبه قال الشافعي بما فيها زيادة في الموهوب فلا يمنع الرجوع
كالزيادة قبل القبض والزيادة المنفصلة وقيد بالزيادة لان النقصان لا يمنع بالاجماع وقيد
بالمتصلة لان المنفصلة لا يمنع الرجوع بلا خلاف وفي الذخيرة لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها
دون الولد وقال ابو يوسف انما يرجع فيها اذا استغنى الولد عنها والمراد بالزيادة في نفس الموهوب
له شي يوجب زيادة في قيمته اما لو زاد في نفسه ولا يوجب ذلك زيادة في قيمته كما لو طال الغلام
لا يمنع اذ تلك الزيادة توجب نقصانه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع ايضا
وكذا الحكم في جميع الحيوانات وغير ذلك ذكره في المحيط **قوله** لعدم دخولها اي الزيادة
في العقد وليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع
الرجوع اصلا **فان قيل** حق الرجوع ثابت في حق الاصل فيسرى الى اوصافه **قلنا** ثبوت
الحكم في البيع ثبوته في الاصل لانه عرض قائم بالواهب وليس بوصف للمحل ولا يقال الملك لا يوصف
اللزوم من اوصاف الاصل لان العدم ليس بشي حتى يعد من اوصافه كذا قيل وفي الذخيرة الزيادة من
حيث السعر لا يمنع لانها ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس والعين بحالها ولو علمه القرآن
او الحرفة او اسلم او قضى دينه فهذا لا يمنع الرجوع عند ابي حنيفة وزفر لانها ليست بزيادة في العين
كالسعر وعند ابي يوسف ومحمد واحمد يمنع لانها زيادة معنوية وهذا بخلاف الرد بالعيب في المبيع
فان الزيادة المتصلة لا يمنع الرد والمنفصلة يمنع لانه لو رد الولد لا يمنع اما ان يرده مقصودا او تبعا
لامه فلا وجه للاول لان الرد فسخ العقد والفسخ انما يرد فيما يرد فيه العقد والعقد لم يرد في الولد ولا
وجه لفسخه تبعا لان الولد بعد الانفصال ليس بتبع للام حقيقة ولا حكما فان شيا من احكام البيع لا
يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولا وجه لفسخ العقد في حق الاصل دون الولد لان الولد مبيع من وجه
لانه متولد منها والمتولد من الشي يحدث على صفة الاصل كالمتولد من المدبر والمكاتب وما يكون مبيعا
من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد الفسخ مجانا لانه ربا فكذا ما يكون مبيعا من وجه وههنا هكذا بعد الفسخ
في الاصل فان الولد يسلم للمشتري مجانا في ضمن البيع وهو عين الربا وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في
الهبة لعدم لزوم الربا اما الزيادة المتصلة يمنع الرجوع في الهبة لان الزيادة غير موهوبة فلا يمكن الرجوع
فيها بطريق التبعية لعدم رضى الموهوب له في الرجوع بخلاف رد المبيع مع الزيادة المتصلة لان من له الحق
في الزيادة وهو المشتري راض بكون الزيادة تبعا للاصل لانه هو الذي يرده بدون اختيار البايع اليه
اشار في الذخيرة والايضاح ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد وعند زفر
القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الرجوع **قوله** اذا ما اوجه اي ما اوجب الملك

للموهوب له فلا يكون له حق الرجوع بالنص لانه اوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب
ولانه ربما كان غرض الواهب اظهار الجود والسخاء ورجوع الوارث يبطل عليه ذلك وعند
الائمة الثلاثة في هبة الولد يمنع الرجوع اذا خرج عن ملك الولد ببيع او هبة او وقف او
ارث او غير ذلك كذا هنا لانه اي خروج ملك الموهوب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط
الواهب فلا ينقضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود ولا تبدل الملك كتبدل
العين وقد تبدل الملك بتجدد السبب ولو وهب لمكاتب رجل ثم عجز المكاتب فليس له ان يرجع فيها
عند محمد لان هذه هبة للمكاتب وكان حقيقته ولهذا كان حق القبول للمكاتب وكان ملكا له وله
تصرف فيه تصرف الملاك وبالعجز انتقل ملكه الى مولاه فصار كانه باعه الى انسان اخر وعند
ابي يوسف له الرجوع لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه وللمولى من وجه وبالعتق يصير ملكا
له من كل وجه وبالعجز لسيده من كل وجه ثم اذا عتق له ان يرجع فكذا اذا عجز ولو وهب دارا
او قبضها فباع نصفها له الرجوع في الباقي **قوله** او اريا الاري هو العلف عند العامة
وهو مراد الفقهاء وعند العرب الاري وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من
تاري بالمكان اذا اقام فيه كذا في المغرب **قوله** وكان ذلك زيادة الواو للحال اي
وقد كان وفي الذخيرة وان كان ذلك لا يعد زيادة كالاري او يعد نقصا كالتنور في الكاشانة
لا يمنع الرجوع وفي جامع اي اليسر وقوله وكان ذلك زيادة يريد بهذا ان بنى وكان يعد ذلك
زيادة في الدار لان الزيادة في جانب الدار يعد زيادة في كل الدار فان القيمة تزداد بها
فيها كما لو كان في احدى عيني الجارية بياضا فزال يعد ذلك زيادة وان كان في موضع خاص
وفي الفتاوى قصر الثوب يمنع الرجوع وغسله لا ولو علق سلسلة او حبلا في المسجد او وضع
فيه بواري او بابا او حصص ليس له الرجوع لانها تترك عادة ولو وضع فيه حبا او علق
قنديلا له الرجوع والعمل والثقب في اللؤلؤة ان كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع ولو وهب
عبدا صغيرا فشاخ ونقص قيمته سقط الرجوع لانه زاد في بدنه ولو ازداد قيمته بالنقل الى بلد
اخر سقط بخلاف ما اذا غلا السعر في الهبة لذي رحم محرم لا رجوع فيها عندنا وبه قالت الائمة
وفي هبة احد الزوجين لا رجوع فيها عندنا وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية وقال احمد
في رواية يرجع في هبة المراة لزوجها دون العكس **قوله** لقوله عليه السلام واذا كانت الهبة
لذي رحم الحديث قيل هذا قول عمر ذكره مالك في الموطا وقلنا هذا مما لا يعرف بالراي فقاله سماعا
وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه عليه الصلاة والسلام قال لا يرجع واهب في هبته لذي
الرحم المحرم **قوله** وقد حصل اي المقصود وكل عقد افاد مقصوده يلزم فان وهب لقن اخيه
او لاخيه القن يرجع وقال ابو يوسف ومحمد لا يرجع في الاولى لان الملك يقع لمولاه وهو اخوه ولابي
حنيفة ان الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى
انه احق به ما لم يفضل عن حاجته فلو اعتبرنا احد الجانبين يلزم ولو اعتبرنا الجانب الاخر لا يلزم
فلا يلزم بالشك في المسلتين **قوله** لان المقصود فيها اي هبة احد الزوجين لاجل الصلة لان
الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين من غير حجب ويمتنع قبول شهادة
احدهما للاخر وكان المقصود بالهبة تحقق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفي الرجوع ايقاع
العداوة بينهما والنفرة والزوجية لمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده
كما في بين القرابات كذا في المبسوط **قوله** بعد ما تزوج اي بعد ما تزوج ووهب وفي بعض

النسخ بعد ما وهب وهو ظاهر فلا رجوع لانه علم انه لم يكن مقصوده العوض بخلاف ما لو تزوجها
بعد الهبة فانه يعلم ان مقصوده العوض لوقوع الهبة لاجنبية ولم ينل ذلك فله الرجوع وفي جامع
قاضي خان وهبت لزوجها ضيعة على ان لا يطلقها وتناسلوا ما فطلقها قبله فالهبة باطلة وان لم يوقت
ثم طلقها فالهبة صحيحة لانه وفى بالشرط **قوله** خذ هذا عوضا الى اخره ولا خلاف فيه وفي
جامع قاضي خان وفتاواه صورة التعويض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول
الموهوب خذ هذا عوضا او جزاء هبتك او ثواب هبتك اما اذا وهب شيئا ولم يعلم الواهب
انه عوض هبته كان لكل واحد منهما الرجوع في هبته وفي المبسوط سواء كان الهبة شيئا قليلا او كثيرا
من جنس الهبة او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا وانما هو لقطع حق
الرجوع ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض والافراز لانه تبرع ولا بد ان يكون العوض من
مال غير الموهوب له حتى لو عوض شيئا من الموهوب بان كانت الهبة الف درهم والعوض درهم
واحد من تلك الدراهم لا يجوز وكذا لو كانت الهبة دارا والعوض بيت منها لا يجوز وعند زفر
يجوز لان ملك الموهوب له تم في الهبة بالقبض فالتحق بسائر امواله ولنا ان المقصود لا يحصل
بهذا للواهب لانا نعلم يقينا انه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لان ذلك كان
سالما له فعلم ان قصده العوض الاخر **قوله** متبرعا ما هو قيد فان الحكم في غير المتبرع
كذلك حتى لو عوضه الاجنبي بامر الموهوب له او عوضه بشرط ان يرجع على الموهوب له
بطل الرجوع وانما ذكر هذا ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الاولى ولكن لو عوض
بامر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه الا ان يضمنه الموهوب له صريحا بخلاف قضاء الدين
فانه لو قضى دين اخر بامره يرجع عليه سواء ضمنه صريحا او لا والفرق ان الاداء في قضاء الدين
مستحق عليه فكان في الامر بالاداء اسقاط المطالبة بمال مستحق فملك ما في ذمته فيرجع عليه
اما العوض في الهبة غير مستحق على الموهوب له فانما امره بان يتبرع عنه بمال نفسه والتبرع
بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان الا ترى انه فيما فوق هذا لا يرجع بالامر بدون
الشرط الضمان نحو ما اذا قال كفر يميني من طعامك وادِّ زكاة مالي هذا اولى كذا في المبسوط
قوله لاسقاط اي لاسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين **قوله** والصلح اي الصلح عن
دم العمد او كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط الدين عن
المديون ذكره في المبسوط فهذا مثله لانه بدل ماله لاسقاط حق فصح من الاجنبي كما صح
ممن عليه الحق **قوله** اعتبارا بالعوض الاخر وهو الهبة وهذا لان كل واحد منهما
صار مقابلا بالاخر كبيع العرض بالعرض فيرجع في نصف الهبة كالعكس ولنا انه اي الباقي يصلح
عوضا للكل من الابتداء والمستحق خرج من ان يكون عوضا فصار كانه عوضه ابتداء بهذا النصف
ولو كان كذلك لم يرجع في شيء من الهبة فكذا ههنا وانما تمكن الخلل في رضا الواهب به وكان تاثيره
في اثبات الخيار له في العوض بين ان يرد الباقي ويرجع في الهبة وبين ان يمسك ما بقي ولم يرجع بشيء كذا
في المبسوط وفي الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا في العقد لانها تم بيعا ومبادلة فيوزع
البدل على المبدل اما في مسلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على
العلل وان كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة وبخلاف ما اذا
استحق بعض الهبة لان المعوض ما ملكه العوض الاجزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه اما الواهب فملك
الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء فلم يعتبر معنى المقابلة وهذا جواب قياس زفر ولان للعوض شبهة ابتداء

الهبة من حيث ان العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة فلشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع في الهبة ولشبهه بالهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا ان يرد ما بقي كذا في المبسوط **قوله** لان المانع خص النصف **فان قيل** لما كان العوض لاسقاط حق الرجوع حتى يصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح فينبغي ان يعمل في كله لان الاسقاطات لا تتجزى كما في الطلاق **قلنا** ان كان في العوض معنى الاسقاط لكن فيه شبه اخر كما ذكرنا من شبه الهبة وشبه المبادلة فمن هذين الشبهين كان التعويض محتملا للتجزي فاذا اضافه الى البعض اقتصر الحكم عليه وذلك لا يجوز ان يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهبه النصف وتصدق عليه بالنصف كذا قيل واليه اشار في المبسوط **قوله** الا بتراضيهما او بحكم حتى لو استردها بغير قضا ولا رضا كان غاصبا فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له وقال الشافعي واحمد يجوز الرجوع بدون القضا او الرضا لانه خيار في فسخ عقد فلا يفتقر الى القضا او الرضا كالفسخ بخيار الشرط وقلنا انه اي الرجوع مختلف بين العلماء وفي اصله الرجوع وها هكذا وقع في اكثر النسخ وفي بعض النسخ وهي في المغرب وها اي ضعف بالمد خطا وانما هو الوهي مصدر وهى الحبل يهي وهيا اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفا لانه يحتمل ان يكون غرض الواهب العوض الدنياوي ويحتمل ان يكون غرضه ثواب الاخرة ويحتمل ان يكون غرضه اظهار الجود والسماحة فعلى الوجهين الاخرين ليس الرجوع لحصول مقصوده وعلى الوجه الاول له الرجوع فلما تردد بين الامرين احتاج الى القضا ليترجح جانب الرجوع على عدمه وكذا اختلاف العلما في جواز الرجوع وعدمه دليل على ان صحة حكم الرجوع ليس بقطعي فلا بد ان يحصل بالقضا حتى يكون قطعيا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية العامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض **قوله** الرجوع بالتراضي فسخا من الاصل وبه قال الشافعي واحمد وقال زفر الرجوع بغير القضا بمنزلة الهبة المبتداة لعود الملك اليه بتراضيهما فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث فاشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضا وقلنا عقد الهبة وقع جايزا موجبا حق الفسخ وكان الواهب بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق لان استيفا الحق لا يتوقف على القضا اذ حقه مقصور على العين وفي مثله القضا وعدمه سوا كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا دون القاضي عين ما امر به القضا ان لو رفعا اليه وانما يكون التراضي موجبا ملكا مبتدا اذا تراضيا على سبب موجب للملك كالهبة والصدقة والوصية وههنا تراضيا على رفع السبب الاول وذلك لا يصلح موجبا ملكا مبتدا بخلاف الرد بالعيب بغير القضا فان حق المشتري في عين الرد بل بالمطالبة بالجزء الفايت ولهذا لو تعذر الرد يرجع بحصة العيب من الثمن واذا كان حقه في وصف السلامة وكذا لو زال العيب قبل الرد لا يكون له ولاية الرد فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له ان لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضا لعموم ولايته وقصور ولايتهما عليه ولا يلزم على هذا الرد في المرض فانه لو رد في مرضه بغير قضا يعتبر من الثلث ولو كان الرد بالتراضي فسخا من الاصل لا يعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضا لان فيه روايتين وعن ابن سماعة في المسئلة قياس واستحسان في القياس يعتبر وفي الاستحسان من الثلث لانه تمليك مبتدا ولكن الرد في مرضه باختياره يتهم بالقصد الى ابطال حق الورثة عما تعلق حقهم فلرد قصده جعل معتبرا من الثلث لا لانه تمليك مبتدا كذا في المبسوط **قوله**

ويصح في الشايع اي الرجوع يصح في الشايع الذي يحتمل القسمة بان وهب دارا ونحوها ورجع في نصفها ولو كان الرجوع هبة مبتدا كما قال زفر ينبغي ان لا يصح وحيث يصح نعلم انه فسخ كذا في المبسوط **قوله** فيظهر اي الفسخ في الرجوع على الاطلاق اي من كل وجه في الصورتين وهما بالرد بالقضا والرضا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض قيد به لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سوا كان بالقضا او الرضا **قوله** كما في العارية حيث لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق على المعير وهو اي الموهوب له غير عامل له اي للواهب فلا يرجع وبحرز به عن المودع فانه يرجع بما ضمن على المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ **قوله** والغرور الى اخره جواب عما قال الشافعي انه يرجع على الواهب لانه غره بالهبة كالبايع اذا غر المشتري قلنا بمجرد الغرور لا يثبت حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة اما نصا او في ضمن عقد المعاوضة حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب ذكره في الذخيرة ولهذا لو وهب الغاصب ما غصب او باع او تصدق او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب له على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ويرجع المستاجر والمرتهن ويرجع المشتري بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب كذا في الفصول الاستروشني وفي المبسوط بمجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من اخبر انسانا بامن الطريق فسلك فيه فاخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشي وانما يثبت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لان صفة السلامة مستحقة **قوله** واذا وهب بشرط العوض الى اخره قال المحبوبي في جامعه هذا اذا ذكر بكلمة على اما لو ذكره بحرف البا بان قال وهبتك هذا الثوب او بالف درهم وقبله الاخر يكون بيعا ابتدا وانتهاء بالاجماع **قوله** والعبرة في العقود للمعاني الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا الحوالة بشرط عدم البراءة كفالة ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحا ولو وهب امراته لنفسها كان طلاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود **قوله** بيع العبد من قبيل اضافة المصدر الى المفعول اي بيع المولى العبد من نفسه **قوله** عملا بالشبهين كما لا مال له لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما وقد امكن الجمع ههنا كما ذكر في المتن وهذا لان اللفظ قالب المعنى فلا بد من اعتباره الا اذا تعذر الجمع للمنافاة كما فيما ذكر من المسايل فوجب اعتبار المعنى وسقط اعتبار اللفظ ترجيحا للمعنى عليه ولا منافاة ههنا **فان قيل** المنافاة ههنا ثابتة لان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللازمين مستلزم لتنافي الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة **قلنا** البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمه ضرورة على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتدا وبيعا انتهاء فلا خلاف بيع العبد من نفسه فانه يجعل اعتاقا لان العبد لا يملك غيره مالا فكيف يملك نفسه مالا

فصل

لما ذكر مسايل الهبة الحقها بمسايل فيها تغير الهبة من استثنا وتعليق وغيرهما **قوله** الا حملها صحت الهبة في الام والولد وبطل الاستثنا **اعلم** ان استثنا ما في البطن على ثلاثة اقسام قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثنا كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان الاستثنا لا يعمل الا في المحل الذي

يعمل فيه العقد فاذا لم يصح عقد الهبة على ما في البطن لكونه وصفا على ما مر في البيوع لم يكن محلا للاستثنا فكان هذا شرطا فاسدًا والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة فيبطل الشرط ويصح العقد لان الملك في الهبة يتعلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط الفاسدة وانما الشرط الفاسد يوثر في العقود الشرعيه لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما يوضحه ما روي انه عليه الصلاه والسلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وفي ما لا يجوز اصل التصرف به كالبيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة على ما عرف فكذا ما استثنا الحمل يجوز التصرف والاستثنا جميعا كالوصيه لان افراد الحمل بالوصية جايز فكذا استثناوه **فان قيل** ينبغي ان لا يفسد الرهن بالشرط كالهبة لتوقف عقد الرهن على القبض وهو فعل حسي **قلنا** القبض في باب الرهن حكم للرهن لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفا وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يوثر في العقد اما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض وكان للقبض حكم ركن العله والفساد لا يوثر في الركن فلغا الشرط كذا في الايضاح وكانه اراد بالركن غير العقد كما في اركان العبادات كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** على ما بيناه في البيوع اي في الفصل المتصل باول كتاب البيوع فانه تعلب اي الاستثنا شرطا فاسدا لما ان الجاريه يتناول الحمل تبعا لكونه جزا منها فلما استثناه كان الاستثنا مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد فيفسد **فان قيل** اللبن والصوف على ظهر الغنم كالجزء له كالحمل وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم مع امره بحلب اللبن وجز الصوف وقبض ذلك يجوز استحسانا وفي الحمل لا يجوز فما وجه الفرق اما اذا لم يامره بالجز والحلب لا يجوز عندنا وعند الشافعي واحمد لا يجوز في الوجهين اصلا كما في الحمل **قلنا** من اصحابنا من قال ان امره في الحمل بقبضه بعد الولاده فقبض ينبغي ان يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن والاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد ليس في وسعه فلا يمكن ان يجعل نايبا في ذلك عن الواهب بخلاف الجزاز والحلب كذا في المبسوط وعند احمد وابي ثور صح استثنا الحمل فتصح الهبة في الام دون الولد لانه تبرع بالام دون الولد فاشبه العتق وبه يقول في العتق والولد المنفصل وقلنا الحمل كالجزء منها فكيف يصح الهبة فيه بدون الام والعتق ممنوع والمنفصل محل للهبة **قوله** لم يجز اي الهبة والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة شي هو مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق يزيل ملكه فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كما لو وهب ارضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا هذا كذا في المبسوط **قوله** فلم يكن شبيه الاستثنا اي فصل التدبير هذا المعنى شبهه ترد عليه بان يقال لما لم يدخل الجنين بالتدبير في الهبة كان بمنزلة الاستثنا وفي الاستثنا يصح الهبة ويبطل الاستثنا وقد روي في رواية ان هبة الام يجوز بعد تدبير ولدها ذكره في المبسوط فاجاب عنه بقوله ولم يكن شبيه الاستثنا الحقيقي وهو الاستثنا اللفظي فان فيه يبطل الاستثنا ويدخل الجنين في الهبة اما ههنا بقي الجنين على ملك الواهب وذلك مانع هبة الام لما ذكرنا انه هبة مشاع يحتمل القسمة او هبة مشغول بملك الواهب وشبه الاعتاق بالاستثنا من حيث ان الهبة تصح في الام لعدم المانع

فان قيل في فصل التدبير ينبغي ان تصح الهبة في الام لانه مشاع لا يحتمل القسمة لان المعنى عدم احتمال القسمة هو انه لو قسمه حقيقة يهلك **قلنا** عرضية الانفصال في الحمل في ثاني الحال ثابته فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب حيث لا تصح الهبة لان المشغول بملك الواهب كمشاع يحتمل القسمة كذا قيل وفيه نوع تامل ثم جعل في الايضاح مسئلة هبة الجاريه بعد التدبير شبيه الاستثنا وهبتها بعد الاعتاق غير شبيه الاستثنا على عكس ما ذكر في الكتاب قيل في جوابه مراد صاحب الايضاح بالاستثنا الاستثنا الحقيقي ولكن لم تصح الهبة بذلك الاستثنا لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسئلة التدبير لبقا الملك في المدبر وفي مسئلة الاعتاق لم يكن معنى الاستثنا الذي يورث الشيوع فصح ومراد المصنف بقوله فاشبه الاستثنا في مسئلة الاعتاق الاستثنا المذكور انفا وهو استثنا الحمل فصح الهبة **قوله** فالهبة جايزه والشرط باطل وبه قال الشافعي واحمد في روايه وابو ثور وعن احمد وابي ثور في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان بنا على الشروط الفاسدة في البيع ثم قوله او يعوضه شيا منها متصل بقوله او يتصدق بدار لانه لو وصل بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح والشرط صحيح حتى يكون هبة وبيعا انتهاء وتقديره وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيا هو ان يرد بعض الدار الموهوبه على الواهب بطريق العوض لكل الدار فصح صرف قوله او يعوضه حينئذ الى قوله لو وهب دارا الا انه يلزم التكرار بلا فايده **قوله** وهبة الدين عن من عليه ابرا وبه قال الشافعي وهل يفتقر الابرا الى القبول عنده فيه وجهان في وجه يفتقر قبل هذا يستقيم على قول زفر فانه قال تتم هبة الدين بلا قبول كالابرا فسوى بينهما اما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول وفيه معنى التمليك ولهذا ارتد بالرد والابرا يتم من غير قبول هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكر في المغني ان هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون اما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول وفيه ان هبة دين الصرف والمسلم فيه وابراه يتوقف على القبول وفي ساير الديون لا يتوقف الابرا باتفاق الروايات وفي الهبة روايتان قيل في الفرق بينهما ان ابرا بدل الصرف والمسلم فيه يوجب انفساخ العقد لانه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد احد العاقدين به فيتوقف على قبول الاخر بخلاف الابرا عن ساير الديون لانه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وانما فيه معنى التمليك من وجه ومعنى الاسقاط من وجه كما ذكر في الكتاب فلا يتوقف على القبول كذا في الذخيره **قوله** وهذا لانه اي الدين مال من وجه حتى يجب فيه الزكاة ويصح البيع بالدين ووصف في الحال حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له وقوله ولهذا يرتد بالرد آيه انه تمليك وقوله ولا يتوقف على القبول امارة الاسقاط قال الحلواني اختلف اصحابنا الاعمش والاسكاف في توقيت الرد بمجلس الابرا والهبة ولكن الروايه عن السلف المجلس وغير المجلس في الرد سوا وانما اختلفوا لحرف ذكره محمد وهو ان الموهوب له لو قال مكانه لا اقبلها كان دينا على حالها ذكر مكانه فقال احدهما هذا يوقت بالمجلس وقال الاخر ليس بتوقيت كما ذكره التمرتاشي **قوله** المحصه التي يحلف بها كالطلاق لان التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والاقرار بالمال ثم ابرا الدين وان كان اسقاطا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال انت بري من النصف على

ان يودي الى النصف الآن لان ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد الا ترى انه لو قال لعبده انت حر على
ان تودي الي الف درهم فقبل فانه لا يعتق قبل الاداء كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي ثم يحتاج ههنا
الى بيان الاسقاطات المحضة التي لا يحلف بها والتي يحلف بها والى بيان ما يصح تعليقه والذي لا
يصح تعليقه والى بيان ما يصح اضافته الى زمان في المستقبل وما لا يصح والى بيان ما يبطل بالشرط
الفاسد وما لا يبطل قال ابو الفضل رحمه الله جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد
ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين والحجر على المأذون
وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة
والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع بمال
وبغير مال والقضاء والامارة والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة
والتحكيم عند محمد والكفالة والحوالة والاقالة والنسب واذن العبد في التجارة ودعوة الولد
والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا او مؤجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية
اذا ضمنها رجل وشرط فيها كفالة او حوالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق
الرد بخيار الشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشروط
الفاسدة ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر وكذا الهبة والصدقة والكتابة بشرط
متعارف وغير متعارف يصح ويبطل الشرط هذه الجملة في بيوع العدة وذكر في اجارتها جملة ما
يصح اضافته الى زمان في المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمعاملة والمضاربة والوكالة
والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف وما يصح اضافته الى زمان
في المستقبل البيع واجازة البيع والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
والابراء عن مال والابراء عن الدين **قوله** لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام اجاز
العمري وابطل شرط المعمر وقوله عليه الصلاة والسلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من
بعده وبقولنا قال الشافعي واحمد وهو قول جابر بن عبد الله وابن عباس وابن عمر وروي ذلك
عن علي وشريح ومجاهد وطاوس والثوري وقال مالك والليث والشافعي في القديم العمرى
تمليك المنافع لا تملك العين ويكون للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر وان قال له
ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر لان هذا التصرف الى المنافع لا يملك
الرقبة لا يتأتى وعن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والاحبال والمنحة والعرية
والعارية والسكنى انها على ملك اربابها ومنافعها لمن جعلت له وبكل اجماع اهل المدينة على ذلك
ولنا ما روى جابر انه عليه الصلاة والسلام قال امسكوا عليكم اموالكم ولا تفسدوها فانه من اعمر
عمرى فهي للذي اعمرها حيا وميتا لعقبه رواه مسلم وفي لفظه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه ورواه ابن ماجه عن ابن عمر وقد روى ملك حديث العمرى في الموطا
وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعوية وزيد بن ثابت وابو هريرة وما نقل من اجماع
اهل المدينة غير صحيح لاختلاف كثير من الصحابة وقول ابن الاعرابي انها عند العرب تمليك المنافع
لا يضر اذا نقلها الشارع الى تمليك الرقبة كما في الصلاة والزكاة **قوله** ومعناه ان يجعل
الى آخره هذا في بعض النسخ وقيل صورة العمرى ان يقول اعمرتك داري هذه او هي لك عمري او
ما عشت او مدة حياتك او ما حييت فاذا مت فهي رد علي او نحو هذا سميت عمرى لتقييدها
بالعمر والرقبى ان يقول ارقبتك هذه الدار وهي لك حياتك على انك ان مت قبلي عادت الي

وان مت قبلك فهي لك ولعقبك فكانه يقول هي لآخرنا موتا سميت رقبى لان كل واحد يرقب
موت صاحبه وكذا لو قال داري لك رقبى او حبيس بتفسيره ان يقول هو حبيس عندي فان مت فهي
لك ثم الرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال ملك لما روي انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى
وابطل الرقبى وقال ابو يوسف جائزة وبه قال الشافعي واحمد لما روي انه عليه الصلاة والسلام العمرى
جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولان قوله داري
لك تمليك صحيح وقوله رقبى او حبيس شرط فاسد لانه شرط رد الملك عليه بعد الموت لان معناه ملكتك
داري هي منه وهي محبوسة عندي لك فان مت فهي لك او ارتقب موتك لتعود الي فيكون بمنزلة
العمرى وحاصل اختلافهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ
على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان
معناه لآخرنا موتا فكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله ودا بالحل وفي الاسرار حمل
ابو يوسف حديث بطلان الرقبى على انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب
موتي ان مت قبلك فهي لك فعلى هذا الوجه لا يصح بالاتفاق وعلى الوجه الاول كالعمرى فيصح
بالاتفاق وقال ابن قدامة في المغني حديثهم انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل الرقبى لا نعرفه
فلنا هذا لا يوجب الطعن فان الثقات مثل ملك وابو حنيفة تمسكوا به وفي المبسوط حديثه يروى عن
ابن الزبير عن جابر وحديثهما يروى عن الشعبي عن شريح والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما فنقول
الرقبى قد يكون بمعنى الارقاب وقد يكون بمعنى الترقب فحيث قال اجاز الرقبى كان بمعنى الارقاب بان
يقول رقبة داري لك وحيث قال رد الرقبى كان من الترقب وهو ان يقول ارتقب موتك وترتقب
موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله ولذلك
بالحل لما احتمل المعنيان والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين فلا نزيله بالشك والجواب عن قوله
داري لك تمليك وذلك انما يصح اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء اما اذا فسره بقوله رقبى او حبيس
تبين انه ليس بتمليك كما في قوله داري لك سكنى يكون عارية وفي المغرب المهملة العين وقول ابي يوسف
في حديث جابر انه اجاز الرقبى انه من الارقاب بمعنى رقبة داري لك والاشتقاق من الرقبة مما لم يقله
احد وابداع الشيء ليس بمستحسن والصواب انه بمعنى المراقبة والترقب واما قوله الحديثان صحيحان
فان كان كذلك فالتاويل ظاهر وهو ان يراد بالرد والابطال ابطال شرط الجاهلية وبالاجازة
ان يكون ذلك تمليكا مطلقا ويدل عليه ما روى جابر انه عليه الصلاة والسلام قال امسكوا عليكم
اموالكم لا تعمروها فمن اعمر شيئا فهو له الا ترى انه عليه الصلاة والسلام نهى ثم اجاز على اختلاف الفرضين
وبقي الاشتقاق على اصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى **فصل في الصدقة**
لما بين احكام الهبة الحقها فصل الصدقة لمشاركتها الهبة في الشروط وبفصل على حدة لمخالفتها اياها
في الحكم وقدم الهبة لعمومها في الكافرة والمسلمة وكثرة تفريعاتها **قوله** لما بينا في الهبة
اراد به قوله لانه لا يجوز الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القبض **قوله** استحسانا وفي القياس
ينبغي ان يرجع لان الصدقة في حق الغني هبة وبه قال بعض اصحابنا لانه انما يقصد به العوض منه دون
الثواب فصار الهبة والصدقة فيه كما ان الهبة والصدقة في حق الفقير سواء وجه الاستحسان ان لفظ
الصدقة يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه مع ان التصدق على الغني يكون قربة يستحق
بها الثواب فان من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على نيل الثواب ولهذا تتأدى
الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له

حق الرجوع بالشك كذا في المبسوط **قوله** في مسايل القضاء اي من هذا الكتاب في مسلة مالي صدقة على المساكين فقد مرت المسلة بوجوهها وتفريعاتها فيه وفي فتاوى الكبرى اذا تصدق عن الميت او دعا له بعث الى الميت ذلك على طبق من نور وبه قال احمد والشافعي لا يلحق الميت لا ينتفع عنه من صدقة تصدق بها له او دعاء يدعى له او قراءة قران

كتاب الاجارات

لما فرغ من تمليك العين بغير عوض شرع في تمليك المنفعة بعوض وقدم الهبة على الاجارة لانها تمليك العين والعين مقدم على المنفعة ولان فيها عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ووصله بفصل الصدقة ثم من محاسن الاجارة دفع الحاجات بقليل من الابدال ولهذا قيل ان الفقير ينتفع بفلوسه من الاستحمام مثل انتفاع غني يصرف الالوف لاستحمامه ثم الاجارة لغة فعالة من الاجر اسم للاجرة وهو العوض قال تعالى لو شئت لتخذت عليه اجرا ويسمى الثواب اجرا لانه تعالى يعوض العبد به وقد اجره اذا اعطاه اجرته من باب طلب وضرب فهو آجر وذاك ماجور وفي المغرب والاساس اجرني مملوكي واجرني داره فاستاجرتها واجره الجارية فهو موجر ولا يقل مواجر فانه خطا وقبيح اما الخطا فظاهر وهو انه مهموز افعل واما قوله مواجر معتل فاعل والقبيح انه استعمل في موضع قبيح ثم قال وليس آجر هذا فاعل ولكن افعل وانما الذي هو فاعل قولك آجر الاجير مواجرة كقولك شاهره وعارضه فالحاصل انك اذا قلت آجره الدار او المملوك فهو من افعل لا غير واذا قلت آجر الاجير كان موجرا واما اسم الفاعل فمن نحو آجره الدار موجر والاجر في معناه غلط محض واسم المفعول من آجره الدار موجر لا مواجر ومن آجر الاجير موجر ومواجر لانه يحتمل ان يكون قوله آجر الاجير من افعل او من فاعل هذا حاصل ما ذكره في المغرب والاجارة في اللغة كذا يعني يستعملونه في بيع المنفعة وفي الشرع بيع منفعة معلومة باجر معلوم **قوله** وقد شهدت بصحته الاثار اي ثبت شرعيتها بالاثار والكتاب ايضا قال تعالى واتوهن اجورهن وقال تعالى لو شئت لاتخذت عليه اجرا وقال تعالى في قصة موسى على ان تاجرني ثماني حجج وشرع من قبلنا لازم علينا ما لم يقم دليل انتساخه **قوله** وهو اي الاثر والاثار او ذكره باعتبار الخبر اعطوا الاجير اجره فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وفي المبسوط بعث النبي عليه الصلاة والسلام والناس يباشرونه فاقرهم على ذلك وبين احكامه والسنة في الباب كثيرة واجمع اهل كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة الا ما حكي عن عبد الرحمن الاصم انه قال لا يجوز ذلك لانه غرر يعني يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق **وركنها** الايجاب والقبول بالالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي نحو ان يقول احدهما آجرت ويقول الاخر قبلت ولا ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل نحو ان يقول آجرني فيقول الاخر آجرت اعتبارا بالبيع المنفعة ببيع العين وينعقد بلفظ الاعارة حتى لو قال اعرتك هذه الدار شهرا بكذا او قال كل شهر بكذا او هذا الشهر بكذا انعقد وكذا لو قال وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا او ملكتك منافعها بكذا يجوز **وينعقد** بالتعاطي فان محمدا ذكر في اجارات الاصل استاجر قدورا بغير اعيانها لا يجوز لتفاوت القدور من حيث الصغر والكبر فان جاء بقدور وقبلها منه على الكراء الاول جاز ويكون هذه اجارة مبتدأة بالتعاطي وقال شيخ الاسلام لا ينعقد بلفظ البيع وينبغي ان يجوز استعارة لفظ البيع ان اضيف الى الدار فهو صالح لتمليك عينها فلا يجوز ان يجعل مجازا عن غيره وان اضيف الى المنفعة والمنفعة معدومة والمعدوم لا يصلح لاضافة العقد **وقيل** على هذا ينبغي ان لا ينعقد بلفظ الهبة والتمليك

وبالاجماع

وبالاجماع ينعقد بهما وفي العيون لو باشر العقد على العين بلفظ الاجارة او باشر على المنفعة بلفظ الاجارة يجوز لان لفظ الاجارة لا يختص بتمليك الاعيان وكل لفظ لا يختص بتمليك الاعيان يلحق بلفظ الاجارة وكل لفظ يختص بتمليك الاعيان لا يلحق بالاجارة والبيع يختص بتمليك الاعيان فلا يلحق بالاجارة والعارية والهبة والتمليك لا يختص بتمليك الاعيان فيلحق بالاجارة لان الاجارة على خلاف القياس لانها ترد على المعدوم والمعدوم لا يصلح للعقد الا ان الشرع ورد بجوازها اذا باشر العقد بلفظ الاجارة فينعقد به وبما هو ملحق به معنى لفظ البيع على اصل القياس وعند الشافعي واحمد في وجه ينعقد بلفظ البيع لجواز استعارة السبب للمسبب وعن احمد لا ينعقد بلفظ البيع كقولنا **قوله** وينعقد ساعة فساعة الى اخره **اعلم** ان محل العقد المنافع وهو قول مالك واحمد واكثر اصحاب الشافعي واكثر اهل العلم وقال بعض اصحاب الشافعي محل العقد العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول اجرتك داري وقلنا المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك المنافع لا الاعيان لان الاجر في مقابلة المنفعة دون العين واضافة العقد الى العين لانها محل المنفعة ولهذا قال اصحابنا ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع والعين جعلت خلفا بالعقد حال وجود المنفعة وهذا كالسلم فانه يقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في حق جواز السلم وعند الايمة الثلاثة تجعل المنافع المعدومة كالموجودة حكما ضرورة تصحيح العقد وفي الايضاح والاسرار ينبني على هذا الاصل مسايل الشافعي منها ان الاجرة تملك بنفس العقد عنده ويستوفى بالحال لانه اعطى المنافع المعدومة حكم الوجود فصار كبيع عين موجود وذلك يوجب الثمن حالا ومنها ما لو آجر داره فلم يسلمها مدة لم يجبر على التسليم في باقي المدة كما لو اشترى شيئين صفقة ولم يسلم احدهما مكن لم يجبر على التسليم حتى هلك احدهما ومنها اذا مات احد المتعاقدين لم يبطل العقد عنده وورث المنافع ومنها لو مات الموصى له بسكنى الدار ورث عنده السكنى ومنها ما لو آجر عبده ثم اعتقه بقي العقد لان منافعه صارت في حكم المملوك للمستاجر ومنها ما لو آجر الوصي اليتيم سنة ثم بلغ لم يملك نقض العقد كما لو باع ماله ومنها ما اجاز سكنى داره بسكنى دار اخرى يجوز عنده كبيع الدار بالدار وما قلنا اولى مما قال لان الدار خلف في حق اضافة العقد بالاختلاف ثم بعد ذلك يتاخر عمل اللفظ الى حين وجود المنفعة وحكم العقد يقبل الفصل من العقد كما في البيع بخيار الشرط فكان ما قلنا تغير امر شرعي بدليل شرعي فان اقامة السبب مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظاير وفيما ذكره قلب الحقيقة وفيه نوع تامل **قوله** ولا يصح اي العقد حتى يكون المنافع معلومة الى اخره هذا شروع في بيان شروط عقد الاجارة وشرط كون المنفعة والاجرة معلومة بلا خلاف و**قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فعبارته يدل على اشتراط اعلام الاجرة وبدلالته على اشتراط اعلام المنافع لان اشتراط اعلامها لقطع المنازعة والمنفعة تشاركها في هذا المعنى بل هي الاصل في العقد فجهالتها اولى ان يكون مانعة للصحة **قوله** كالاعيان اي الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوانات والعدديات المتفاوتة فانها لا تصلح ثمنا اصلا لما ذكرنا في البيوع ان الاصول ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال ودائما كان منها كالمكيلات والموزونات ثم الاعيان انما تصلح اجرة اذا كانت

معينة اما اذا كانت دينا لا تصلح اجرة لان الحيوان لا يثبت في الذمة بدلا عما هو مال كذا في
المعنى **قوله** وهذا اللفظ اي قوله ما جاز ان يكون ثمنا في البيع الى اخره لا ينفي صلاحية
غيره اي غير الثمن لانه اي الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان
مال وبه قالت الائمة الثلاثة حتى قالوا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار لان السكنى يجوز ان
يكون ثمنا فيجوز ان يكون اجرة ومحى هذه المسئلة وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف في
الذمة لان المنفعة غير موجودة في الحال فيلزم بيع الكالي بالكالي وقلنا انه عوض يجوز في
البيع فيجوز في الاجارة كالذهب والفضة ثم الاجرة ان كانت من النقود يشترط بيان جنسها
وحقيقتها بانها جيدة او وسط او ردي وان كانت مكيلا او موزونا او عددا متقاربا يشترط
فيها بيان القدر والصفة ويحتاج الى بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا
لباقي العلماء وان كان عرضا او ثوبا يشترط فيه شرائط السلم لان وجوبه في الذمة عرف
بالشرع والشرع ورد بطريق السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة لانها
ابلغ اسباب التعريف وان كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كان عينا لعدم ثبوت الحيوان
في الذمة بدلا عما هو مال **قوله** اي مدة كانت وبه قال كافة اهل العلم الا ان اصحاب
الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان احدهما كقول ساير العلماء وهو الصحيح والثاني
لا يجوز اكثر من سنة لان جوازه للحاجة ولا حاجة في اكثر من السنة ومنهم من قال قول ثالث انها
لا يجوز اكثر من ثلاث سنين لان الغالب ان الاعيان لا تبقى اكثر منها وتتغير الاسعار والاجر وقلنا
هذا مخالف لقوله تعالى على ان تاجرني ثماني حجج وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه
ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز اكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة او بثلاث
سنين تحكم لا دليل عليه **قوله** اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وهذا احتراز عن استيجار الارض
للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح حتى يسمي ما يزرع فيها على ما يجي **قوله** طالت المدة او
قصرت الى قوله لتحقق الحاجة اليها عسى وفي الذخيرة لو وقتا مدة الاجارة وقتا لا يعيش اليها احدهما
قيل لا يصح وبه افتى القاضي ابو عاصم العامري لان الغالب كالمتيقن في حق الاحكام وكانت
الاجارة مؤبدة والتابيد يبطل الاجارة وقال الخصاف تجوز لان العبرة للفظ وانه يقتضي
التوقيت ولا عبرة بموت احدهما قبل انتهاء المدة لان ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد كما لو زوج
امراة الى مائة سنة فان توقيت لا تابيد حتى يكون متعة وان كانت المدة لا يعيش اليها غالبا وجعل
نكاحا موقتا اعتبارا للفظ **قوله** هو المختار تكلموا في اجارة الاوقاف اكثر من ثلاث سنين
قال مشايخ بلخ لا يجوز وقال غيرهم يجوز وبه قال اكثر اهل العلم ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه
افتى الفقيه ابو الليث كذا في التتمة والحيلة في الجواز اكثر من ثلاث سنين ان يرفع الى الحاكم حتى يجوزه
كذا في جامع ابي اليسر وكان الصدر الشهيد يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت
المصلحة في عدم الجواز فيما زاد على سنة الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي شرح حيل
الخصاف قال بعض مشايخنا الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة
على الاوقاف كل عقد الى سنة فيكتب في الصك كذلك فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم
لانه مضاف كذا في الذخيرة **قوله** تصير معلومة اي المنافع معلومة بنفس عقد الاجارة **قوله**
كما في اجير الوحد وفي بعض النسخ الاجير الوحد والاول اصح لانه ذكر في المغرب اجير الوحد على

الاضافة اي اجير المستاجر الواحد بخلاف الاجير وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحا
صح لانه يقال رجل وحد اي واحد

باب الاجر متى يستحق

لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة الى اعلام الاجرة احتاج الى بيان وقت وجوبها وتسليمها **قوله**
لا تجب بالعقد قال العلامة مولانا حافظ الدين اي لا يجب تسليمها واداؤها يؤيده ما ذكر في الذخيرة
يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط
تعجيلها سواء كانت عينا او دينا هكذا ذكر محمد في الجامع وذكر في الاجارات ان كانت عينا لا تملك
بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على ان
الصحيح ما ذكره في الجامع وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قوله اولا وما ذكره في الجامع آخرا
وهو الاصح لان الاجارة عقد معاوضة فيوجب المساواة بين البدلين ما امكن ما لم يغير بالشرط
فلو قلنا ان ايفاءها قبل استيفاء المنفعة يزول المساواة وبه قال مالك **قوله** باحد معاني
وفي بعض النسخ باحدى معاني ثلاثة على تاويل العلل والصحيح باحد معاني يعرف بالتامل **قوله**
وقال الشافعي تملك بنفس العقد وبه قال احمد لما ذكرنا ان المنافع كالموجودة عنده فصار
كالبيع ولهذا صح الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة بالاجماع وصح الارتهان به بالاجماع وصح
الكفالة به بالاجماع ولو شرط التعجيل تملك بالاجماع فلو كان مقتضى العقد تاخر الملك في الاجر
لما وجب بالشرط كما قلتم في الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل ولان الشرع لما جوز العقد
على المنافع المعدومة فقد جعلها كالموجودة لاشتراط كون المعقود عليه موجودا للنهي عن بيع
ما لم يوجد وللشارع ولاية جعل المعدوم موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي
حكما وكالسلم فانه جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم والدليل على ان
المنفعة في حكم العين صحة الاستيجار باجر مؤجل وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام
وكذا يجوز جعل السكنى مهرا والمهر لا يكون الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم الاية وكذا
الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدل المنفعة عندكم ويثبت بدلا عما ليس بمال كما في النكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فعلم ان المنفعة في حكم المال ولنا ما ذكرنا ان عقد الاجارة عقد معاوضة
فيجب المساواة كما اشار اليه في الكتاب بقوله ومن قضيتها المساواة الى اخره يؤيده قوله تعالى
فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وقوله عليه الصلاة والسلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف
عرقه فخصص الوعيد بالامتناع بعد العمل فدل على انها حالة الوجوب وفقه نوع تاويل وجواز
العقد باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة مقامها في صحة الايجاب والقبول ثم
انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع كما ذكرنا وكيف يقال ان المنفعة
المعدومة جعلت موجودة حكما فان الموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يبقى
زمانين فلا يتصور تسليمه بحكم العقد وما لا يتصور تسليمه بحكم العقد لا يكون محلا لعقد المعاوضة
بل اعتبار اقامة العين وهو السبب مقامها وهو المسبب كما ذكرنا من تقرير صاحب الاسرار والايضاح
ولما اقمنا السبب مقام المسبب ضرورة تصحيح العقد ولا ضرورة في ملك البدل بنفس البدل بل في
حق البدل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث وما قلنا اولى كما ذكرنا واما جواز السلم باعتبار ان
المسلم فيه اخذ حكم الثمن ولهذا شرط قبض راس المال في المجلس كيلا يكون دينا بدين ولو كان له حكم
العين الموجود لما اشترط قبض راس المال في المجلس كما لو باع حنطة بعينها بدرهم واما صحة الابراء
قول محمد خلافا لابي يوسف كذا في الايضاح واليه اشار في المبسوط وذكر في الاسرار مطلقا

قوله قول ابي يوسف ظاهر لانه ابرا قبل الوجوب ووجه قول محمد ان الابرا بعد وجود
سبب الوجوب جايز كعفو المجروح عن القصاص واما صحة الرهن والكفالة فانهما وثيقتان
والوثيق يلايم هذا الدين كما لو رهن بشرط الخيار كذا في الايضاح وفي المبسوط الاجرة وان لم تجب
بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك
والكفالة بما ذوب له على فلان وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفا واستيفا الاجر قبل وجوبه
صحيح لان تعجيل الاجر صحيح واما صحة المقاصة اذا استوفى او شرط التعجيل لان المساواة ثبت حقا
له وقد اطلقه بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك في البدل هناك ليس بمعنى العقد بل
بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل واما قوله وما ليس بعين فهو دين فليس كذلك لان الدين محله الذمة
وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فلم يكن حينئذ شيء دين بدين واما صحة النكاح لا يتعلق بالمهر بحال فلا
يتغير حكمه لاجله بخلاف الاجارة فان المنافع فيها مبيعة والاجرة ثمن وكانت المنافع اصلا واما قوله ان
ان الشرع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الى اخره فقلنا نعم انما يعقد ذلك فيما يمكن التقدير لانه
انما يقدر الشي حكما اذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهد وابه فان الميت يتصور في الحياة ولا يتصور
لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز ان يقدر حكما اليه اشار في المبسوط والاسرار **قوله**
وان لم يسكنها هذا اذا تمكنت من الاستيفا والاجارة صحيحة حتى لو منعه المالك او الاجنبي او سلم
الدار والدار مشغولة بمتاعه ولم يمكن من الاستيفا لا يجب الاجر به قال اكثر اهل العلم وفي الذخيرة
وشرح الاقطع التمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر
دابة الى الكوفة فسلمها الموجر فامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير الى الكوفة فلا
اجر وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر وقال الشافعي واحمد يجب الاجر في الوجهين
لان المنافع تلفت تحت يده باختياره وقلنا العقد وقع فيما التسليم في غيرها لا يستحق البدل وبمعنى
ان يكون التمكن من الاستيفا في المدة فلو استاجر دارا الى مكة فلم يركبها فان كان بغير عذر في الدابة
فعليه الاجر وان كان بعذر لم يقدر على الركوب لا اجر عليه ولو استاجر ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق
فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم انه
لو كان لبسه لا يتخرق لكن اللبس فاذا مضى وقت يعلم انه لو كان يلبسه تخرق سقط عنه الاجر لتعذر
جعله منتفعا به **قوله** وانفسخ العقد ذكر الفضلي وقاضي خان في الفتاوى لا ينفسخ الاجارة
ولكن يسقط الاجر ما دامت في يد الغاصب وبه قال الشافعي ولكن له حق الفسخ ولو وجد الغصب في
بعض المدة سقط من الاجر بقدره ولا يعلم فيه خلاف **قوله** ومن استاجر دارا الى مدة معلومة
قوله يا جركل مرحلة في المبسوط والايضاح هذا قول الكرخي واما في قول ابي حنيفة المرجوع لم يقدر
بقدر بل قال كلما سار مسيرا له من الاجر شي فله ان ياخذ ذلك وهو قولهما كما اذا كان المعقود
عليه العمل فانه لو استاجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه اعطا الاجر بعد ذلك وهو قولهما كما اذا كان ما لم يفرغ
من العمل **قوله** الا المطالبة في كل ساعة الى اخره يعني لو اخذنا بالقياس بمعنى انه كلما سار
شيا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف ولو اخذنا بالقياس
لم يفرغ لشغل اخر بل يسلم الاجر في كل خطوة وذلك بعيد كذا في المبسوط **قوله** فقدرنا
بما ذكرنا اي استحسانا وهو بيوم ومرحلة **قوله** حتى يفرغ من العمل يعني ان كان حصته ما
استوفى من العمل معلوما و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان العمل في البعض غير منتفع به
وفي النهاية هذا الذي ذكره في الحكم في ان العامل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ من

العمل يخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني والجامع لفخر الاسلام وقاضي
خان يستحق الاجر بقدر عمله حتى لو سرق الثوب فله الاجر بقدر عمله لان كل جزء من العمل يصير مسلما
الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولعل المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم
والله اعلم بما هو الحق عنده وعند الشافعي واحمد يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل ولكن
يجب بنفس العقد **قوله** لان تمام العمل بالاخراج فليس كل احد يحسنه على وجه لا ينقطع
فان قيل استحقاق الاجر بعد اخراج الخبز من التنور يدل على ان هذا اجير مشترك لا
اجير وحد فان الاجير الوحد يستحق الاجر بمجرد تسليم النفس ولا يتوقف استحقاقه الى الفراغ من
العمل واستعمال المستاجر في بيته يدل على انه اجير وحد لان الوحد هو الذي لا يعمل الا للمستاجر
واحد فلذلك سمي به فالخيار في هذه المسالة ان كان اجير وحد ينبغي ان يستحق الاجر بمجرد تسليم
النفس اخرج الخبز من التنور او لا وان كان اجيرا مشتركا ينبغي ان يستحق الاجر بعد عمله على ما مر
من روايات عامة الكتب **قلنا** الصحيح انه اجير مشترك لانه وقع العقد في حقه على
العمل دون ذكر المدة فكان استحقاق الاجر موقوفا على الفراغ من العمل والاجير الوحد من
وقع العقد في حقه على المدة ووقع العقد ههنا على العمل وانما يستحق الاجر بعد عمله في بيت
المستاجر اذا كان لعمله قدر وقيمة كما في الخياطة وههنا لا قيمة للخبز قبل الاخراج فلا يستحق
الاجر بحسب ذلك القدر اليه اشار الامام قاضي خان **قوله** للهلاك قبل التسليم
وفي المبسوط وهو ضامن لان هذا جناية يده وتخير صاحب الخبز ان شا ضمنه مخبوزا واعطاه
الاجر وان شا ضمنه دقيقا وان لم يكن اجر **قوله** قال رحمه الله وهذا اي عدم الضمان في
الهلاك بعد الاخراج قول ابي حنيفة الى اخره وهذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري
واما عند غيره يجري على ظاهره ولا ضمان عليه بالاتفاق اما عند ابي حنيفة لانه لم يهلك من عمله
واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وبه قالت الائمة الثلاثة وقال القدوري ان العين مضمونة على
الاجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فلا يبرا عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته كما في
المغصوب ثم على قوله اذا وجب الضمان كان لصاحب الدقيق الخيار ان شا ضمنه دقيقا ولا اجر له
وان شا ضمنه مخبوزا واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار
مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه فهو رماد لا قيمة له كذا في الذخيرة **قوله** طعاما للوليمة
قيد به لانه لو استاجره لطبخ قدر خاص بعينه لا يلزمه الغرف عليه ذكره في المغني والمحيط والايضاح
والمرجع في الجميع العرف الطبخ من جد نضج والغرف وهو جعل الطعام في القصعة من جد ضرب
قوله اذا اقامها عند ابي حنيفة الى اخره وبه قالت الائمة الثلاثة وعندهما لا يستحق
الاجر دون التشريج استحسانا اعتبارا للعرف بمنزلة الغرف على الطباخ وفي المبسوط هذا
كله اذا كان يقيم العمل في ملك المستاجر اما في غير ملكه فما لم يعد عليه ويسلمه اليه لا
يستحق الاجر بالاتفاق حتى لو فسد قبل العد لا اجر له الا على قول زفر وفي نظم الزندويسي لو صرفه
في ملك نفسه لا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريج
قوله فله حق الحبس وبه قال الشافعي في وجه وعند زفر والشافعي في وجه واحمد لا حق له
في الحبس لان المعقود عليه وقع في يد المستاجر باعتبار اتصاله بملكه وصار مقبوضا كمن استقرض
من اخر كر بر وامره ان يبذره في ارض المستقرض فانه يصير قابضا وقلنا المعقود عليه هو العمل
حقيقة ولكن من حيث الاعتبار المعقود عليه وصف احدثه وهو قايم في الثوب فله حق حبسه

لاستيفاء البدل كما في بيع العين ولا يمكن حبسه الا بحبس العين فيكون له حبس العين ضرورة وقوله وقوعه
في يده بغير رضاه فلا يسقط حقه في الحبس كما اذا قبض المشتري المبيع بغير رضا البائع بخلاف مسئلة
الكرفان الامر بان يبذره فاذا بذره صار كالامر بان يحمله في غرائره وجعله فيصير قابضا لانه
برضاه **فان قيل** القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم
وحين اظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون اثر عمله قايما في المعمول كذا في المبسوط
وفي جامع قاضي خان ظهر اثر عمله في الثوب باستعمال النشا ونحوه كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله
الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض مستتر وقد ظهر بفعله
بخلاف الحمل لانه ما ظهر اثر عمله في العين **قوله** كالحمال روى هذا بروايتين بالحاء المهملة وبالجيم
وهو مكاري الجمل وكان بخط شيخي بالجيم ولا خلاف فيه **قوله** وغسل الثوب نظير الحمل
وهذا مخالف لما ذكرنا من رواية المبسوط وجامع قاضي خان من الاصح وذكر في الذخيرة مثل غسل الثوب
بدون النشا ونحوه وفيه خلاف بلا ذكر الاصح فوقع اختيار المصنف على اختيار البعض **قوله**
في الوجهين اي فيما لعمله اثر او لا وقد بينا خلافه قبل **قوله** باتصال المبيع اي المعقود عليه
بملكه وفي بعض النسخ باتصال المعقود عليه وهو الاظهر **قوله** لانه اي الابق كان على شرف
الهلاك فصار كانه احياه اي الابق وملكه منه فله حق الحبس اما ههنا لم يوجد احياء العين ولا وصف
قائم بالعين فلا يملك الحبس كذا ذكره قاضي خان **قوله** ومراده اذا كانوا معلومين وهذا
اختيار الهندواني وعن الفضلي استاجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب لم يجد الحنطة فعاد
ان كان قال استاجرتك من المصر حتى احمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب ولو كان
قال استاجرتك حتى احمل من القرية لا يجب شي لان في الاول العقد على شيين الذهاب الى القرية والحمل
منها وفي الثانية شرط الحمل ولم يوجد فلا يجب شي كذا في الذخيرة وجامع التمرتاشي **قوله** لذهب
بكتابه في المسئلة قيود قيد الذهاب بالكتاب ليشير الى هذا الحكم فيما ليس له حمل ومونة حتى
لو استاجر للذهاب والمسئلة بحالها فلا اجر له بالاتفاق وعند زفر يجب وهو قياس قول الايمة
الثلاثة لان المعقود عليه حمل الطعام الى البصرة وقد وجد فوفى بالشرط ثم هو في رده جان فلا
يسقط حقه في الاجر وقيد بالمجي بالجواب لانه لو لم يشترط المجي بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا
كان ميتا او غايبا فانه يجب الاجر كملا وقيد بالذهاب بالكتاب حتى لو ذهب الى فلان بلا كتاب فلا
اجر له وقيد بانه وجده ميتا لانه اذا لم يجده ميتا واتى بالجواب يستحق الاجر كملا وقيد بانه وجده
ميتا حتى لو وجده غايبا ودفع الكتاب الى اخر ليدفعه اليه او دفعه الى فلان وهو لم يقرا ورجع
بالجواب فله اجر الذهاب وقيد استيجاره بتبليغ الكتاب لانه لو استاجره لتبليغ الرسالة الى فلان
بالبصرة فذهب ولم يجده او وجده ولم يبلغ رسالته ورجع له الاجر بالاجماع وقيد بانه رد
لانه لو ترك الكتاب ثمه يستحق اجر الذهاب بالاجماع وهذه القيود استفدت من الذخيرة وجامع
قاضي خان واشير الى الفرق بين الرسالة والكتاب في الذخيرة على قولهما فقال لما رد الكتاب فقد
نقض عمله لانه غير ماذون بالرد لا نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة لان الاذن انما ثبت
باعتبار ان للكاتب فيه سرا ولا يطلع عليه غير فلان ولا يصح ذلك في الكتاب لما انه مختوم او لانا
كان لا يطلع عليه غير فلان وان لم يكن لا يكون فيه سرا واما الرسالة فلا تخلو عن الاسرار وما
احتاج الرسالة على الكتابة الا لستر سره عن غير الرسول والمرسل اليه فكان الستر مقصودا فيها فلهذا
اذا ذهب ولم يجد فلانا يستحق الاجر واما التبليغ في الكتاب فممكن بقدر الامكان بان يترك الكتاب

ثمه

لا احداث البياض في انه صفة اصليه له قلنا لما غلب الدرن والوسخ صح

ثمه ولما لم يفعل لم يستحق الاجر **قوله** وقال محمد له الاجر في الذهاب وعند الايمة الثلاثة
له الاجر في الذهاب والرد ايضا لثبوت الاذن بالرد دلالة اذا وجده ميتا اذ ليس له سوى رده
الا بصنيعه فتعين رده وذكر ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة لمحمد انه اوفى
بعض المعقود دون البعض فيستحق الاجر بقدره وهذا لان الاجر مقابل به اي بقطع المسافة لما فيه من
المشقة لا لحمل الكتاب وحمل الجواب لخفة مونته وقد قطعها له في الذهاب فصار كما لو ترك الكتاب
وعاد فانه يستحق اجر الذهاب اجماعا **قوله** او وسيلة اليه اي الى المقصود اما حقيقة او
اعتبارا فلان ترك الكتاب ثمه مفيد لانه ربما يصل الى ورثته فيعملون به او الكتاب ينتفع
به فاذا رده فقد فات ما هو المقصود بالاجارة فيكون ناقضا للعمل اعتبارا كذا ذكره المرغيناني
في شروطه **قوله** بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد فانه يقول نقل الطعام عمل يقابل
الاجر لما فيه من المشقة وقد نقضه بالرد كما في مسئلة خاطه ثم نقض واما نقل الكتاب فليس بعمل
يقابل به الاجر لخفة مونته وانما الاجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما ذكر الاجارة ومقدماتها شرع في هذا الباب في بيان ما يجوز وما لا يجوز منها **قوله**
لان العمل المتعارف الى اخره وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع
والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة ينبغي ان لا يجوز ما لم يبين
شيا من ذلك وبه قال ابو ثور وفي الاستحسان يجوز لان المقصود وهو السكنى معلوم بالعرف
ينصرف اليه لان المعروف كالمشروط وله ان يسكنها ويسكنها من شا لانه لا تفاوت الناس في
ذلك وله ان يعمل فيه كل شي الا ما يضر بالبنا للاطلاق ولا نعلم فيه خلافا للاكثر **قوله**
وله ان يعمل كل شي من الوضوء ووضع المتاع وكسر الحطب وربط الدواب لان سكناها لا يتم
الا بذلك فيكون من توابع السكنى فكان قوله وله ان يعمل كل شي صورة المسئلة وقوله لاطلاقها
دليلها في المبسوط والذخيرة انما يكون له ولاية ربط الدواب اذا كان فيها موضع معد لربط الدواب
وهو المربط اما اذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب وما ذكر في الكتاب يعني ربط الدواب
هو بنا على عرفهم فان في عرف ديارهم المربط يكون في الدار لسعة دورهم اما في ديارنا فبخلافه
لان المنازل بخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف يتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب
في عرف الكوفة **قوله** الا انه لا يسكن الى اخره لفظ يسكن يجوز فتح اليا وضمها وعلى تقدير
الفتح اسناده حدادا على الحال وعلى الضم على المفعول وعلى العقد من لا يحلف حكم المسئلة
ذكره في المغرب والذخيرة واليه اشار في المبسوط وفيه وفي الذخيرة بعد ما ذكر قوله ما خلا
الرحا المراد رحا الما او رحى الثور اما رحى اليد فلا يمنع منه فلا يمنع منه لان هذا لا يضر بالبنا وهو
من توابع السكنى عادة والحاصل ان كل عمل يضر بالبنا ويوهنه فذلك لا يصير مستحقا بمطلق العقد
للمستاجر وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لا يوهن البنا فان زاد على ذلك وكان يوهن
البنا فليس له ان يفعل الا برضا صاحب الدار وفي الذخيرة ورحى اليد اذا كان يضر بالبنا يمنع عنه
والا لا وهكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى ثم قال فلو اقعد حدادا او غيره فانهدم شي من البنا
ضمن ذلك لان الانهدام اثر الحدادة ولا اجر عليه فيما ضمن لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وان لم ينهدم
شي لا يجب الاجر قياسا لان عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد ولهذا كان سببا للضمان
فاذا لم يدخل تحت العقد فالحال قبل العقد وبعده سوا ويجب استحسانا وبه قال الايمة الثلاثة

لان المعقود عليه السكنى وفي الحداده السكنى وزياده فقد استوفى المعقود عليه فيجب الاجر وهكذا
لو استاجر دابه ليحمل عليها عشره مخاتيم كذا فحمل احد عشر وسلمت الدابه يجب الاجر فكذلك
هاهنا ولو اختلف المستاجر والاجر في ذلك فقال المستاجر استاجرتها للحداده والاجر يقول للسكنى
دون الحداده فالقول للاجر لانه انكر الاجارة اصلا ولو اقاما البينه فالبينه بينه المستاجر لانه
يثبت زياده الشرط وفي المغرب المستعمل لفظ الموجر لا الاجر ولكن ذكره في كتب الفقه كذلك **قوله**
وللمستاجر الشرب والطريق يعني وان لم يشترطها وهذه من مسايل الجامع الصغير بخلاف البيع يعني
لا يدخلان في البيع الا بالذكر وقد مر في البيوع في باب الحقوق **قوله** حتى يسمى ما يزرع فيها
بفتح اليا على بنا الفاعل **قوله** وما يزرع فيها متفاوت بضم اليا وفي المغني لابن قدامة استاجر
للزرع مطلقا او قال لتزرعها ما شيت فانه يصح ولو زرع ما شا وهو مذهب الشافعي ومالك وعن
ابن سريج لا يصح حتى يعين ما يزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان وهو قولنا فيما اطلق الزرع
كما ذكر في الكتاب ثم لو زرع نوعا من الانواع في هذه الصورة ومضت المده ففي القياس يجب
عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان
يجب المسمى وينقلب العقد جايزا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لما ان الاجاره
تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت
كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جايزا وكذا لو استاجر ثوبا
للبس ولم يعين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا
لما ذكرنا كذا في الذخيرة وجامع قاضي خان **قوله** ان يستاجر الساحه بالحا المهمله وهي الارض
الخاليه عن البنا والشجر وسلمها اي الساحه فارغة اي يجبر على القلع ولا يضمن صاحب الارض قيمه
النقص وبه قال مالك والمزني وقال الشافعي واحمد ان كان قد شرطا القلع عند انقضايها
كذلك وان اطلقا العقد لم يجبر على القلع الا ان يضمن المالك له قيمه نقصه لانه عليه الصلاه والسلم
قال ليس لعرق ظالم حق وهذا ليس بظالم ولانه غرس باذن المالك ولم يشترط قلعه فلم يجبر
على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار ارضا للغرس مده فرجع قبل انقضايها وقلنا تقدير
المده في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضايها ولا تقتضي التابيد اذ فيه ضرر لرب الارض
لانه ليس للبنا والغرس مده معلومة فيكون كاشتراط القلع عند الانقضا عرفا ودلالة
قوله حيث يترك باجر المثل وبه قال الشافعي ومالك واحمد ان لم يكن ذلك من تفريط المستاجر
مثل ان يزرع زرعا لم يجر العاده بكماله قبل انقضا المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك
بين اخذه بالقيمه او تركه باجر المثل وقال الشافعي في وجه يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع
فيلزمه العمل بموجبه وعندنا يترك باجر المثل مطلقا الى زمان الادراك لان في التاخير مراعاه
الحقين بخلاف لو مات احد المتعاقدين والزرع بقل حيث يترك بلا اجر المثل بل بالمسمى لانا ابقينا
عقد الاجارة بعد انقضا المدة والزرع باجر المثل رعاية للجانبين ضروره وفي الموت الحاجة الى
ابقا العقد فيبقى ما كان مسمى في العقد وذلك لان الباقي حكم ذلك العقد وذلك العقد يقتضي
ان يكون مضمونا بالمسمى كذا في الايضاح وجامع قاضي خان وحاصل ذلك ان في حق البنا والغرس
اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي الاجارة والعاريه والغصب حيث يجب عليهم القلع والتسليم
فارغا وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لانه متعد في
الزراعة وفي الاجارة يترك الى وقت الادراك استحسانا باجر المثل وفي العاريه الموقته وغير

الموقتة

الموقتة لا ياخذها صاحبها الى ان يحصد الزرع استحسانا لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة
العاريه ولادراك الزرع نهايه معلومة فيترك قالوا وينبغي ان يترك باجر المثل كما في الاجارة نظرا
للجانبين الكل من المبسوط **قوله** عملا بالاطلاق **فان قيل** ذكر في المبسوط والمغني
والذخيرة وشرح الطحاوي استاجر ثوبا ليلبسه يوما ولم يسم من يلبسه او دابه ليركبها يوما
ولم يسم من يركبه او للعمل ولم يسم ما يحمل عليها يفسد الاجاره وكذا في شرح الاقطع الا ان
يقول يركب من شا فما وجه ما ذكر في الكتاب **قلنا** قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في
فتاوى قاضي خان انه لو اركب غيره او ركبه بنفسه انقلب جايزا بعد ما وقع فاسدا فعلى هذا
كان ما ذكره محمولا على اخر الاحوال وكان معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شا
اي لو اركبه ينقلب الى الجواز بعد ما وقع فاسدا او المراد منه ما هو المذكور في شرح الاقطع
كما ذكرنا وكان معنى قوله فان اطلق الركوب اي استاجرها للركوب على ان يركب عليها من شا
واختاره صاحب الكافي والاوجه فيه ان يقال ما ذكره من الفساد جواب القياس وما من الجواز
جواب الاستحسان فانه ذكر في المبسوط بعد ما ذكرنا فالعقد فاسد لجهاله المعقود عليه لان
حمل بعض الاشيا وركوب بعض الاشخاص ولبس البعض غير معلوم لينصرف مطلق العقد اليه
ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز
العقد وفي الاستحسان ان الجهاله المفسده قد زال بركوب نفسه واركاب غيره فجعلنا التعيين
في الانتها كالتعيين في الابتدا **قوله** كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالفسطاط ونحوه
حتى لو استاجر فسطاطا ودفعه الى غيره اجاره او اعاره فنصبه وسكن فيه ضمنه عند ابي
يوسف لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى
فصار كالدار **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يسكن حدادا الى اخره **قوله**
كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فالشعير ينصرف الى المثل والسمسم الى الاقل اذا كان البعير
فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن هذا جواب الاستحسان اما لو سمى قدرا من الحنطه وزنا فحمل
مثل الوزن من الشعير يضمن وقد مر نظير هذا في العاريه ولكن ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه لا
يضمن في هذا ايضا وهو الاصح لان ضرر الشعير مثل ضرر الحنطه في حق الدابه عند استوايهما وزنا
وبه يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيره وفي المبسوط المسله على اربعة اوجه احدها ان يحمل
ما عينه والثاني ان يخالف في الجنس ففي القياس يضمن لانه مخالف وفي الاستحسان لا يضمن في
المثل والاخف لانه لا فايده في تعيين الحنطه والثالث ان يخالف الى ما هو اضر بان حمل عليها
حديدا مثل وزن الحنطه او اجرا او ملحا فيضمن لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابه
وكذا لو حمل وزن الحنطة قطنا يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابه فوق ما ياخذ الحنطة فكان اضر
عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا او تبنا والرابع ان يخالف في القدر بان قال عشره مخاتيم
حنطه فحمل خمسه عشر مختوما فهلك يضمن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشره مخاتيم موافق لانه
حمل بالاذن وفيما زاد بغير الاذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وقال الشافعي
واحمد يضمن قيمتها كما في الغصب لانه متعد اذا لم يكن معها صاحبها وان كان صاحبها معها فان تلف
بعد التسليم الى صاحبها لم يضمن وان تلف في حال الحمل ضمن وفي قدر الضمان قولان احدهما
نصف قيمته والثاني انه يقسط وما قابل الزيادة يجب واذا لم يهلك يجب المسمى وفيما زاد
اجر المثل وعن مالك يخير المالك بين تضمين القيمه بالتعدي وبين اجر المثل **قوله** فاردف

فاردف معه رجلا ثم قيد بالارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وان كانت الدابة
تطيق ذلك لان ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق عليها فصار كما لو حملها
مثل وزن الحنطة حديدا ضمن نصف قيمتها اي مع تمام الاجر اذا كان الهلاك بعد البلوغ الى المقصد ثم
المالك بالخيار ان شاء ضمن المستاجر ولا يرجع المستاجر على الغير سواء كان الغير مستعيرا او مستاجرا
وان ضمن الرديف يرجع على المستاجر ان كان الغير مستاجرا وان كان مستعيرا لا يرجع وهذا اذا
كانت الدابة تطيق ذلك فان لم تطق يضمن جميع قيمتها وهو قياس قول الشافعي واحمد وقال الشافعي
في قول يجب على المردف نصف الضمان كقولنا وقال في قول يقسط على اوزانهما ان تطيق ذلك
قوله لعلمه بالفروسية فرب خفيف لا يحسن الركوب فيضر بالدابة ورب ثقيل يحسن الركوب
فلا يضر بالدابة ولهذا قال الحلواني هذا اذا اردف مثله اما لو اردف صبيا لا يستمسك
بنفسه فكان بمنزلة الحمل فيضمن بقدر ثقله **قوله** كعدد الجناة يعني كعدد الجناة لا كعدد
الجنايات حتى لو جرح انسان عشر جراحات وجرح آخر جراحة فالضمان نصفان فربما يهلك الانسان
من جراحة ويسلم من عشر جراحات **فان قيل** ينبغي ان يضمن كل القيمة لانه لو استاجرها
ليركبها بنفسه وفي مثله لو اركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد اركاب الغير
مع ركوب نفسه فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب ينبغي ان لا
يوجب نقصان ضمان منه وكذا ينبغي ان لا يجب عليه الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وههنا
يجب عليه نصف الضمان فينبغي ان لا يجب عليه نصف الاجر **قلنا** انما ينتفي الاجر عند وجوب
الضمان اذا ملكه بالضمان نظيره الغصب لانه لا اجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئا مما
شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله غيره ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط
عنه لما بينا ان الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين وهذا
هو الجواب عما سال يتولد **فان قيل** قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة وقد ملك نصف
الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر والجواب عن قوله وفي مثله لو اركب غيره يجب
عليه ضمان كل القيمة انه اذا اركب غيره فهو مخالف في الكل اذا اركبها بنفسه فهو موافق فيما
شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره الا ترى انه لو استاجرها لركوبه لم يجب الاجر اذا حمل عليها
غيره ووجب الاجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غيره كذا في المبسوط وفيه هذا اذا كانت الدابة تطيق
ذلك حمل رجلين فان لم تطق فان كان يعلم ان لا تطيق ذلك فهو متلف يضمن جميع قيمتها **قوله**
فانقسم اي الضمان عليهما اي على ما هو ماذون فيه وعلى ما هو غير ماذون وهذا بخلاف ما لو
استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم فطحن احد عشر فهلك حيث يضمن جميع قيمتها ولا يتوزع لما ان
الطحن يكون شيئا فشيئا فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك في الطحن مخالف في
جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميعها اما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في
البعض مستعمل بالاذن وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان كذا في المبسوط وعن هذا قال في
المغني في مسئلة الحنطة التي زاد على المسمى هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا حمل عليها
احد عشر مختوما دفعة واحدة اما اذا حمل عليها عشرة مخاتيم ثم حمل عليها مختوما وعطب يضمن
جميع قيمتها كما في مسئلة الطحن **قوله** ضمن ما زاد الثقل مقيد بما اذا كان المزيد من جنس
المسمى كما ذكرنا في مخاتيم الحنطة لانه اذا لم يكن المزيد من جنس المسمى كما لو استاجرها ليحمل عليها
كر شعير فحمل عليها حنطة مثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها لان الحنطة بمثل كيل الشعير

اثقل فيكون ضررها اكثر والفرق ان المزيد اذا كان من جنس المسمى كان في حق المزيد عليه ما
ذكرنا وفي حق الزيادة فلا يضمن لما اذن فيه اما اذا كانت الزيادة من غير جنس المسمى كانت
المخالفة في الجميع فيضمن لان هناك ما عمل غير داخل تحت العقد الا انا نسقط حكم الخلاف اذا
تساويا في الضرر فاذا لم يتساويا ظهر موجب الخلاف وهو نظير الحائط المشترك اثلاثا اذا
مال فاشهد على احدهم ثم سقط فقتل انسانا فانه يضمن بقدر نصيبه اليه اشار في الذخيرة
والايضاح **قوله** وان كبح الدابة اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري كذا في الصحاح **قوله**
وقالا اي ابو يوسف ومحمد لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا وبه قال الشافعي ومالك واحمد
واسحق وابو ثور لان المتعارف يدخل تحت العقد اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا والضرب
والكبح باللجام معتاد فيثبت الاذن بهما دلالة ولو اذن فيهما لم يضمن بالاتفاق فكذا اذا ثبت
عرفا وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نخس بعير جابر وضربه وكان ابو بكر يحرش بعيره بمحجنه
ولابي حنيفة انه تلف بجنايته فيضمن كغير المستاجر وذلك لان المستحق السير لا نهايته وبالكبح
والضرب يستخرج منها نهايته ومطلق السير قد يستخرج بالتحريك والصياح فلا يكون الضرب
من اللوازم على انه ان ابيح له الضرب يتقيد بشرط السلامة لانه انما ابيح له لمنفعة نفسه
لا لحق المالك فان حق المالك مستقر في الاجر دونه وصار كتعزير الزوج زوجته ورمي
الرجل الى الصيد ومشيه في الطريق فان هذا كله مباح شرعا ويتقيد بشرط السلامة بخلاف
ما اذا اذن نصا فان بعده فعله كفعل المالك كذا في المبسوط وفعل النبي عليه الصلاة والسلام يدل
على اباحته وهذا لا ينفي الضمان لانه مقيد بشرط السلامة اما الاب اذا ضرب ابنه للتاديب ضربا
يضرب مثله فمات من ذلك ضمن الدية والكفارة وبه قال الشافعي لانه يمكنه التاديب بغير الضرب
وعندهما ومالك واحمد لا يضمن وعلى هذا الخلاف الوصي ولو اسرف في الضرب او ضرب من لا يعقل
له فعليه الضمان بالاجماع • **قوله** الحيرة بكسر الحاء مدينة على ميل من الكوفة **قوله** فهو ضامن وكذلك
العارية وبه قال الشافعي ومالك واحمد وهل يجب اجر المثل في الزيادة فعندنا والثوري لا يجب وعند
الشافعي واحمد يجب اجر المثل في الزيادة وحكي عن مالك اذا تجاوزها الى مسافة بعيدة خير صاحبها
بين اجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعد بامساكها فكان لصاحبها تضمينها اياه
قوله يجري على الاطلاق اي سواء استاجرها ذاهبا او جائيا او لا فلا يبرأ بالعود لانه بالمجاوزة
صار غاصبا ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من
هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد **فان قيل** غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على
الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على هذين **قلنا** نزيد في الماخذ فنقول انما يبرأ بالرد
الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول
لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيرية طعن عيسى بن ابان وقال
الحاق الاجارة بالعارية كما ذكره في الكتاب غير مستقيم لما ان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما
لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة ولهذا مونة الرد على المالك بخلاف العارية حيث
لا يرجع المستعير على المالك بشيء قلنا يد المستاجر يد نفسه لانه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير
ولكن رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد
نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور **فان قيل** لو استاجرت المراة ثوبا لتلبسه اياما
فلبست بالليل كانت ضامنة ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان يعلم ان المستاجر اذا عاد الى الوفاق

يبرا من الضمان **قلنا** وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اليد فلها ان تمسكه بالليل
وههنا وجوب الضمان باعتبار امساك الدابة بعد المجاوزة بدليل انه لو لم يركبها فهلكت
يضمن والامساك وان اعادها الى الحيرة يزول بالرد على المالك اولى من هو قائم مقامه ولم يوجد
كذا ذكره المحبوبي **قوله** وهذا اي الجواب على الاطلاق اصح وفي الكافي وقيل الاول اصح **قوله**
اذ لا فايدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع اي لا فايدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير
هذا السرج الذي عند صاحب الدابة اذا كان غير ذلك السرج مماثل السرج الذي عنده والاولى
في اللفظ ههنا ان يقال اذ لا فايدة في التقييد بعينه اي بعين ذلك السرج الذي عند المالك كما
قاله المحبوبي **قوله** وان كان لا يسرج بمثله الحمير بان اسرج الحمار سرج البرذون ضمن اي
جميع القيمة وفي الفوايد الظهيرية ضمن القيمة ولم يذكر فيه خلافا ولا يقال التفاوت بين السرجين
دون التفاوت بين الاكاف والسرج لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف للسرج جنسا
فيجب ان لا يضمن جميع القيمة عندهما كما لو اوكف المسرج لانا نقول التفاوت بين السرجين دون التفاوت
بين السرج والاكاف في الصورة والانتفاع اما في حق الاضرار بالدابة بين سرج الحمير وبين اكاف
يوكف بها الحمير اقل من التفاوت بين سرج الحمير وسرج البراذين وحكم الضمان يتعلق بالضرر
قوله وقالا يضمن بحسابه قال بعض المشايخ ليس في المسئلتين اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة
لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن جميع القيمة ولكن قال هو ضامن ولم يبين اي قدر يضمن
فكان المطلق محمولا على المفسر **وقيل** عن ابي حنيفة روايتان في رواية الاجارات يضمن
بقدر ما زاد وفي رواية الجامع يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا في معنى
قولهما يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة **قيل** المراد هو المساحة حتى لو كان
السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها وقيل
بحسابه بالثقل والخفة كذا في جامع المحبوبي **قوله** اما اذا كان اي التفاوت وهو ان يكون
الذي سلكه اشق او ابعد او اخوف فهلك يضمن ولا نعلم فيه خلاف وان بلغ اليه المتاع مع ذلك
فله الاجر لحصول المقصود كذا في الفوايد الظهيرية ولا خلاف فيه و**قوله** الا ان الظاهر
الى اخره جواب اشكال يرد على التفصيل وهو ان يقال ان محمدا اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه
فيما اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فكيف يقيدها بهذا وان بلغ فله الاجر الى اخره
وكذلك في مسئلة البحر **فان قيل** اجتمع الضمان مع الاجر وقد ذكرنا من المبسوط انهما لا
يجتمعان **قلنا** ليس كذلك لان الضمان حال عدم التبليغ والاجر في حالة التبليغ وان سلم لكن
مثل هذا الجمع يجوز كما في العبد المحجور اذا اجر نفسه فان تلف في العمل كان المستاجر ضامنا وان
سلم يجب الاجر فهذا مثله ذكره المحبوبي **قوله** لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع
ان يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر وعن العباس رضي الله عنه انه كان يشترط على المضارب
ان لا يركب بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري ذا كبد قيل ان البحر دور على عود **قوله** ضمن ما
نقصها ولا نعلم فيه خلاف **قوله** لا اجر له لانه غاصب وعند الشافعي واحمد رب الارض
مخير بين اخذ الاجر وما نقصت الارض وبين اخذ اجر المثل للجميع وعند احمد في رواية عليه اجر
المثل كالغاصب و**قوله** على ما قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضر بالارض **قوله**
قيل معناه القرطق الذي الى اخره القرطق تعريب كرته ويك تاهي والقرطق الذي يلبسه الاتراك
مكان القميص ويقال بالفارسية يكتهي وفي المغرب القرطق قباء ذو طاق واحد يعني يكتاه قال

٢٠٨

الامام ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباء طاق واذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد من القرطق
كذا في الجنازية **قوله** وعن ابي حنيفة وهو رواية الحسن عنه يضمنه من غير خيار اي لا خيار لرب
الثوب والخياط ضامن قيمة ثوبه وهو قياس قول الايمة الثلاثة هذا ايضا اذا تصادقا على الامر
بخياطة القميص ولو تخالفا فقال رب الثوب امرتك بخياطة القميص وقال الخياط لا بل امرتني
بخياطة القباء فالقول لرب الثوب وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى وابو ثور وقال احمد في رواية
القول للخياط لانهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول الماذون له كالمضارب
واختلف اصحاب الشافعي فمنهم من قال في المسئلة قولان كالمذهبين ومنهم من قال الصحيح ان القول
لرب الثوب ومنهم من قال له قول ثالث انهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن **قوله** لا
يجاوز به المسمى عندنا خلافا للايمة الثلاثة كما يجي في الاجارة الفاسدة **قوله** يضمن من غير خلاف
وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله** للاتحاد في اصل المنفعة وهو اللبس والستر والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

لما ذكر حكم الصحيحة شرع في الفاسدة لانها تاخذ الحكم من الصحيحة **قوله** يفسدها الشروط اي شرط تخالف لموجب العقد
كما لو استاجر رحاما على انه ان انقطع ماؤه فالاجر عليه فان موجب العقد ان لا يجب الاجر الا
بالتمكن من استيفاء المعقود فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لان الاجارة بنيت على المضايقة
والمماكسة فيفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة الا ترى ان النكاح لا يفسد
بالشرط لما انه بني على المسامحة ولا نعلم فيه خلاف **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة
الى اخره هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار
عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ ذكره في المغني والذخيرة وفتاوى
قاضي خان **قوله** وقال زفر والشافعي وبه قال ملك واحمد لان المنافع متقومة عندهم
فاذا تعذر ايجاب المسمى للفساد يجب المصير الى القيمة كما في الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها
لان التقوم يستدعي سبق الاحراز وما لا بقاء له كيف يحرز كما ذكر في الاصول بل بالعقد يعني صارت
متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بالضرورة في الصحيح اي بتقوم المنافع
للضرورة فيكتفى في العقد الصحيح دون الفاسد ويعتبر ما جعل بدلا في الصحيح بدلا في الفاسد لان
الفاسد ملحق بالصحيح لكونه تبعا له والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع
باصله دون وصفه وفي تمييزه من الصحيح حرج فالحقناه به فاذا الحق به يعتبر فيه ما يعتبر في
الصحيح من البدل عادة وهو اجر المثل الا انه اذا كان المسمى اقل يجب المسمى لانهما اتفقا على هذا
القدر فقد اسقطا الزيادة والاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا تفسد بفسادها الرضاء
بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها فلم يظهر التقوم فيما زاد على ذلك واذا نقص
اجر المثل يجب اجر المثل لفساد التسمية فان صحة التسمية انتقل اي التسمية على تاويل ذكر التسمية
عنه اي عن الموجب الاصلي وهو القيمة في الاعيان وفي الحاصل من شرح الطحاوي في الاجارة الفاسدة
لا يجب الاجر اذا لم ينتفع به عندنا واحمد وعند الشافعي ومالك يجب اجر المثل بالتمكن من الاستيفاء
كالصحيح ولو استاجر شيئا ثم اجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف وقيل يجوز في العقار عند ابي حنيفة وان
اجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فلو كانت الاجرة الثانية اكثر لا تطيب له الفضل عندنا والثوري
والشعبي وابن المسيب واحمد في رواية وقال الشافعي واحمد وابو ثور وعطاء والحسن والزهري
تطيب له لانه المنفعة بعقد الاجارة وقلنا هذا ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك

قوله فالعقد صحيح في شهر واحد وبه قال الشافعي في الاملاء واختاره الاصطخري من اصحابه
واحمد وقال الشافعي في الاصح الاجارة باطلة لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا
فيكون فاسدا وقال مالك الاجارة صحيحة وكلما مضى شهر استحق الاجرة لان الاجارة لا تكون
لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج الى ذكر المدة اما لو قال اجرتك دار
عشرين شهرا كل شهر بدرهم يجوز عند الجميع ولا خلاف فيه لان المدة صار معلومة **قوله**
لان الاصل الى اخره معناه انه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما سوى الادنى
والكل لعدم اولوية بعضها على البعض فتعين الادنى واذا تم اى الشهر الاول كان لكل واحد نقض
الاجارة ثم اذا فسخ احدهما الاجارة من غير محضر صاحبه هل يصح قال بعض المشايخ على الخلاف
على قول ابي يوسف يصح وعلى قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح وقال بعضهم لا يصح الفسخ ههنا الا
بمحضر صاحبه بالاتفاق والوجه من الطرفين مذكور في الذخيرة **قوله** فان سكن ساعة
من الشهر الثاني تم العقد وبه قال احمد لان التراضي منهما جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالمعاطاة
قوله الا ان الذي ذكره في الكتاب من قوله اذا سكن ساعة من الشهر الثاني تم العقد هو
القياس وقد مال اليه بعض المتاخرين لان راس الشهر في الحقيقة هو الساعة التي يهل فيها الهلال
فاذا اهل مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة
الاولى من الشهر ويومها لان ذلك راس الشهر عرفا وفي اعتبار الاول نوع حرج كذا في المبسوط وفي الذخيرة
قيل لم يرد محمد بقوله لكل منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة بل مراده راس الشهر
من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها مع يومها كما قال محمد في كتاب الايمان حلف ليقضين
حقه راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث استحسانا وقيل طريق فسخه ان يقول الفاسخ
قبل مجي الشهر فسخت الاجارة راس الشهر فينفسخ الاجارة اذا اهل اذ عقد الاجارة مضافا يصح فكذا
فسخه وذكر الحاكم احمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة لو عجل اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الاجر
الاجر ذلك ليس لاحدهما الفسخ في قدر ما عجل به اذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل **قوله**
استاجر دارا سنة الى اخره ولا نعلم فيه خلافا **قوله** يعتبر ابتداء المدة مما سمى بان يقول من
شهر رجب من هذه السنة وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجرها لتساوي الاوقات كلها
وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان والاجال بان حلف لا يكلم فلانا شهرا بخلاف
الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات
لان الليل ليست بمحل للصوم وفي المبسوط لو استاجر كل شهر بكذا ولم يسم اول الشهر فهو الوقت
المتصل بالعقد عندنا وعند الشافعي لا يصح الاجارة الا ان يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا
بالشرط لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يعين باسم النكرة كما لو قال لله علي ان اصوم
شهرا لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره قلنا الاوقات كلها الى اخر ما ذكرنا **قوله** يهل الهلال
بضم اليا وفتح الها على بنا المفعول اى يبصر الهلال اراد به اليوم الاول من الشهر لانها اى الاهلة هي
الاصل في الشهور قال تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة الا
ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة
شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الى البدل اذا تعذر اعتبار الاصل وههنا يمكن فكان له ان يسكنها الى
ان يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان في اثنا الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام يعني
لو وقعت الاجارة في نصف الشهر اعتد مضي ايام كلها بالايام عند ابي حنيفة ثلاث مائة وستين يوما

وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وفي قول اخر ورواية اخرى كقول محمد وعند محمد الشهر
الاول بالايام والثاني بالاهلة وفي الذخيرة على قول محمد يعتبر الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر
الاخر وما بقي الشهور بالاهلة **قوله** ونظيره اى نظير هذا الاختلاف مسألة العدة وقد مر
في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف لم يمر في الطلاق وما يتعلق
به قال الامام المحقق برهان الدين السمرقندي با قلة المصنف غلط صاحب النهاية فان الحوالة
رائجة لانه ذكر في اول الكتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر فيه الشهور بالاهلة الى
قوله وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة الى اخره **قوله** ويجوز اخذ الحمام والحجام الى اخره
وانما خصهما بالذكر لان لبعض الناس فيه خلافا فقال القاضي الحنبلي عن احمد انه لا يباح اجر الحجام وممن
كره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قال كسب الحجام خبيث
رواه مسلم وقال اطعمه ناضحك ورقيقك وفي المبسوط كره بعض العلماء غلة الحجام والحمام اخذا بظاهر
الحديث وقالوا الحمام بيت الشياطين وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه يكشف فيه
العورات ويصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا
يكره اتخاذ حمام النساء لانهن يمنعن من الخروج واجتماعهن قل ما يخلو عن فتنة وروي ان نساء دخلن
على عائشة رضي الله عنها قالت انتن من اللاتي يدخلن الحمامات وامرت باخراجهن وعند اكثر العلماء
والمجتهدين لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء للضرورة خصوصا في ديار البرد وقد صح انه عليه
الصلاة والسلام دخل حمام جحفة وتاويل ما روي من الكراهة اذا كان مكشوف العورة ولا كراهة
في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت واما كسب الحجام فاصحاب الظاهر ياخذون
بظاهر الحديث وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز
الطحان وروى ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام
ولنا ما روى ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام احتجم واعطى الحجام اجره متفق عليه ولو علمه حراما
لم يعطه والنهي عن كسب الحجام قد انتسخ بدليل ما ذكره في اخر حديث ابي هريرة قال فاتاه رجل من
الانصار وقال ان لي عيالا وحجاما وناضحا افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم وقال اخر ان لي عيالا وحجاما
افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة اذ لو بقيت لما جاز ان يطعم
رقيقه وعياله فانهم ادميون يحرم ما حرم الله عليهم **قوله** ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس اى لا يجوز اجارة الفحل للضراب وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر العلماء وخرج ابو الخطاب
الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي وجها في جوازه وقال انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فيجوز كاجارة
الظئر للارضاع والبئر للاستقاء ولهذا يباح الانتفاع به بالاعارة فيستباح بالاجارة ولنا انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس رواه البخاري وفي لفظه عن ضراب الجمل ولانه يلتزم ما لا
يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه اذ هو ينبني على نشاط الفحل ولانه اخذ
مال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له كالميتة والدم وفي المغرب عسب الفحل ضرابه يقال عسب الفحل
الناقة يعسبها عسبا والمراد ذكر العسب على حذف مضاف **قوله** وعند الشافعي يصح في كل ما
لا يتعين على الاجير حتى لو تعين بان كان الامام او المفتي واحدا لا يجوز الاستيجار بالاجماع ويقوله قال
مالك واحمد في رواية ابي الخطاب عنه وابو ثور وابو قلابة ونقل احمد مثل قولنا ويقولنا عطاء
والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي والشعبي للشافعي انه عليه الصلاة والسلام
زوج رجلا بما معه من القران متفق عليه فاذا جاز تعليم القران عوضا في باب النكاح فجاز اخذ الاجرة

عَلَيْهِ فى الاجارة وقد قال عليه الصّلاة والسلم احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله حديث صحيح
وثبت ان ابا سعيد رقا رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فاخذ اصحابه الجعل فاتوا به النبى صلى الله عليه
وسلم فقال عليه الصلاه والسلم لعمرى لمن اكل برقيه باطلة لقد اكلت برقيه حق كلوا واضربوا لى
معكم بسهم فاذا جاز اخذ الجعل جاز اخذ الاجر عليه كبنا المسجد والقناطر اذ الحاجة تدعوا اليه
فانه قد يحتاج الى الاستنابة فى الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع
بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه ولنا قوله عليه الصلاة والسّلم اقروا القران ولا تاكلوا به
وحديث عثمان بن ابى العاص المذكور فى المتن قال الترمذى هذا حديث حسن وروى الاثرم فى سننه
عن عبد الرحمن بن شبل الانصارى قال سمعت رسول الله عليه وسلم يقول اقروا القران ولا تغلوا فيه
ولا تجفوا عنه ولا تاكلوا به ولا تستكثروا به ولان القربه متى حصلت وقعت عن الفاعل لغيره ولهذا
تعتبر اهلية الفاعل ونيته لا نية الامر واهليته كما فى الزكاة حتى لو كان المامور كافرا يصح اداء الزكاة
منه عن المسلم فكان الاجر على عمل يقع لنفسه لا للمستاجر فلا يجوز كما فى الصلاة والصوم واما حديث
النكاح بالتعليم فليس فيه تصريح بان التعليم صداق انما قال عليه الصلاه والسلم زوجتكها بما معك
من القران فيحتمل انه زوجها اياه بغير صداق اكراما له كما زوج ابا طلحه ام سليم على اسلامه او
تزوجها بسببه ومع ذلك يجب مهر المثل فان النكاح يصح بدون ذكر المهر ويجوز ان يكون الباء مكان
اللام اى لما معك من القران لان ذلك سبب للاجتماع بينهما ولعل المراة وهبت مهرها له باعتبار
ذلك واما حديث ابى سعيد فان الرقيه نوع مداواة والماخوذ عليها جعل والمداواه يباح اخذ الاجر
عليها مع ان الجعالة اوسع من الاجارة ولهذا تجوز الجعالة مع جهالة العمل والمدة دون الاجارة
ومعنى قوله عليه الصلاه والسلم احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله يعنى الجعالة فى الرقيه لانه
ذكر ذلك فى سياق خبر الرقيه واما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه
الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين يجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر
واما الاستنابة عن الحج فللامر ثواب الانفاق وبه يسقط الفرض عنه كما ذكر فى الاصول فيكون
لخدمته او لقطع مسافته وعلى تقدير ان الافعال تقع عن الامر لا يكون اجارة على الحج بل هو
انفاق على النايب فلا يكون اجارة **قوله** وبعض مشايخنا الى اخره ومنهم ائمة بلخ فانهم اختاروا
اقوال اهل المدينه وقالوا ان المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس فى التعليم حسبة ومروة المتعلمين
فى مجازاة الاحسان بالاحسان بلا شرط وفى زماننا قد زال المعنيان ففى الامتناع عنه تضييع حفظ
القران ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن
النبى عليه الصلاة والسّلم وزمن ابى بكر حتى منعهن عمر عن ذلك وكان ما راه صوابا فيفتى بالجواز وكذا
يفتى بجواز الاجارة على تعليم الفقه لما ذكرنا اذا ضربوا لذلك مدة حتى يجبر الاب على دفع الاجر الى
المعلم وان لم يضرب المدة يجب اجر المثل ويجبر على دفعه وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وقال الامام
الخيزاخزى يجوز فى زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر كذا فى الروضة والذخيره **قوله**
وكذا سائر الملاهى كالمزامير والطبل وغيرهما وبه قالت الائمة الثلاثه وابو ثور وقال الشعبى والنخعى
يكره ذلك ويجوز اما الاستيجار لكاتب يكتب له غناء ونوحا يجوز عند ابى حنيفة خلافا لصاحبيه وللائمة
الثلاثه وعلى هذا الخلاف الاستيجار على حمل الخمر **قوله** والمعصية لا يستحق بالعقد اذ لا يستحق
على احد شى يكون به عاصيا شرعا لانه لا تصير المعصية مضافة الى الشرع ولان الاجر مع المستاجر
بشركان فى منفعة ذلك فيكون الاجارة واقعة على عمل هو شريك كذا فى الذخيره **قوله**

ولا
يجوز اجارة المشاع الا من الشريك عند ابى حنيفه وزفر واحمد فيما يقسم كالارض وفيما لا يقسم كا لعبد
وعند ابى يوسف ومحمد والشافعى ومالك يجوز وبها قال الجمهور على ذلك وصورته ان يوجر
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركه منه ومن غيره من غير الشريك او يوجر نصف عبد
او نصف دابة من غير الشريك لهما ان هذا عقد معاوضة فيجوز فى الشايع كالبيع وهذا لان موجب
الاجارة ملك المنفعه وللجزء الشايع منفعه ولهذا اذا سكن المستاجر فيها يجب اجر المثل على قول
ابى حنيفة ولو كانت فايته اصلا لما انعقد اصلا كالاجاره على منافع الرضيع والتسليم ممكن بالتخليه
او بالتهايى فصار كما لو اجر من شريكه ولو كان الشيوع مانعا جاز من شريكه كالهبة ولو اجار من رجلين
يجوز وكل واحد من المستاجرين يملك منفعة النصف شايعا ولانه لو اعار نصف داره شايعا يجوز واثر
الشيوع فى منع التبرع اكثر من المنع من المعاوضة اولى ولابى حنيفه انه اجر ما لا يقدر تسليمه اذ تسليم المشاع
وحده غير متصور واستيفا المنفعه فى النصف شايعا لا يتصور لان الانتفاع امر حسى والشايع لا يحتمله
والسكنى من الساكن لا يتصور فى جزء شايع وانما يحل جزءا معينا وكذا سائر الانتفاعات لا تتصور فى الشايع
قوله والتخليه الى اخره جواب سؤال وهو ان التخليه تكون تسليما فى البيع فكذا فى الاجارة فقال
انما اعتبرت التخليه تسليما فى البيع لوقوعه اى لوقوع التخليه بتاويل رفع المانع تمكينا اى من القبض وهو
الفعل الذى يحصل به التمكين من القبض اى من المشترى كالبيع والاعتاق والانتفاع بالتهايؤ ولا يمكن
فى المشاع اى فى اجارة المشاع لان المقصود فى الاستيجار الانتفاع يتحقق حسا ولا يحصل فى المشاع بالتخليه
لان ذلك حكمى وليس بحقيقى وحكم البيع ثبوت الملك وهو امر شرعى فيجوز ان يقوم التخلى مقام القبض لان
بنا الشرا ليس على الانتفاع الحقيقى ولهذا يجوز بيع الجحش لتحقق حكم البيع فيه وهو الملك ولا يجوز اجارته لعدم
تحقق حكم الاجارة وهو الانتفاع الحقيقى فلا يكون التخلى فى باب الاجارة قبضا اليه اشار فى الاسرار **قوله**
واما التهايى الى اخره جواب سؤال اخر بان يقال يمكن الانتفاع بالتهايى فاجاب عنه فقال التهايى انما
يستحق حكما للملك المنفعه وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدور التسليم شرط العقد فينبغى
ان يكون سابقا على العقد او حالة العقد فلا يمكن ان يجعل المتاخر سابقا لانه قلب الحكم شرطا وذا لا
يجوز **قوله** والاختلاف فى النسبه لا يضره يعنى كل المنفعه يحدث على ملك الشريك فلا يظهر معنى
الشيوع وانما يظهر الاختلاف فى حق السبب فالبعض يحدث بحكم الملك والبعض بحكم الاجارة ولا عبره
لاختلاف الاسباب مع اتحاد الحكم واذا لم يظهر الشيوع صح العقد على انه لا يصح فى رواية الحسن عن ابى
حنيفة لان استيفا المنفعه التى تناولها عقد الاجارة لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعه نصيبه وذلك
مفسد للاجارة كمن استاجر احد زوجى المقراض لمنفعه قرض الثياب فانه لا يجوز وجه ظاهر الروايه
ان استيفا المعقود عليه على الوجه الذى استحقه بالعقد يتاتى ههنا كما ذكرنا بخلاف الاجارة من غيره
فهناك يتعذر الاستيفا لما ذكرنا وهذا نظير بيع الابق ممن فى يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه
ومن غيره لا يجوز للعجز عن التسليم **قوله** وبخلاف الشيوع الطارى بان مات احد المستاجرين فان
العقد يبقى فى الحى شايعا فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى عن خالد بن صبيح عن ابى حنيفة انه يفسد فى
حق الحى لان الاجاره يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنفعه فكان هذا فى معنى الشيوع المقترن
بالعقد وجه الظاهر ان تجدد الانعقاد فى حق المعقود عليه فاما اصل العقد منعقد لازم فى الحال
والشيوع طارى والشيوع الطارى ليس كالمقارن كما فى الهبة بان وهب جميع الدار وسلمها ثم رجع
فى نصفها كذا فى الاسرار والمبسوط وذكر فى الاسرار كلام ابى حنيفه ادق وكلامهما اظهر لان اصل
المنفعة قايمه فى الشيوع وفى المغنى الفتوى على قولهما فى اجاره المشاع ولو اراد حيله ليجوز على قول

الكل يرفع العقد الى القاضي يحكم به ولو بعد المرافعة بعقد العقد في الكل ثم يفسخان العقد في بعضه بقدر ما يتفق عليه العاقدان لان الشيوع الطاري لا يمنع الجواز بالاتفاق على ظاهر الرواية **قوله** لان المسلم يعم جملة اذا العقد اضيف الى كل الدار ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر بتفرق الملك وقوله يتفرق الملك بالبائع الجارية فيما بينهما وهو طاري وفي المبسوط ثم المهاياة بعد ذلك تكون بين المستاجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم لا يمنع الانعقاد على الفساد كما لو باع ابقا بالف فالعقد ينعقد على الفساد حتى لو قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد ولو استاجر طريقا لمرفيه ولم يبين موضعه لم يجز عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو فرع اختلافهم في اجارة المشاع **قوله** قوله تعالى فان ارضعن لكم والمراد بعد الطلاق وبعث النبي عليه الصلاة والسلام والناس يتعاطونه فاقرهم عليه واجمعت الامة على جوازها باجرة معلومة ولان الحاجة ماسة اليه اذ الصغير لا يتربى الا بلبن الادمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض او موت او جهل فلا يحصل المقصود الا بالاستيجار قيل المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الولد وما يحتاج اليه واللبن يستحق على طريق التبع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والهداية وبعض اصحاب احمد والشافعي **وقيل** ان العقد يقع على اللبن وهو اختيار شمس الائمة السرخسي فانه ذكر في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه المقصود وما سواه من القيام بمصالح الولد يحتاج اليه في الارضاع تبع له هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الادمي بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب ولو ارضعته بلبن الشاة فلا اجر لها وهذا يدل ايضا ان اللبن غير تابع بل معقود عليه قال صاحب النهاية عجبت لمن تبع غيره مع الدليل الواضح معه والرواية المنصوصة عن محمد بمثله وقال القاضي الحنبلي وهو الاشبه لان المقصود هو اللبن دون الخدمة ولهذا لو ارضعته بلا خدمة تستحق الاجر ولانه تعالى قال فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن فجعل الاجر مرتبا على الارضاع كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي وبه قال بعض الشافعية **قوله** والاول وهو ان العقد يقع على المنافع اقرب الى الفقه وفي الكافي وهو الصحيح لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان قصدا كما لو استاجر بقرة او شاة ليشرب لبنها وفي المغني وانما جاز هذا في الادمي دون سائر الحيوانات للضرورة الى حفظ الادمي والحاجة الى ابقائه **قوله** استحسانا عند ابي حنيفة وبه قال مالك واحمد وعند مالك واحمد يجوز في رواية في كل اجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط وقالا اي ابو يوسف ومحمد لا يجوز وبه قال الشافعي لجهالة الاجرة اذ الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة وكذا الكسوة فصار كما لو استاجر بطعامها وكسوتها للخبز والطبخ وهذا لا يلزم على مالك واحمد لما انه يجوز عندهما ولابي حنيفة ان الجهالة انما تفسد العقود لما انها تفضي الى المنازعة لا لعينها وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة التوسعة على الاظآر والجري على موجب مرادهن لان منفعة ذلك يرجع الى الولد بخلاف الخبز والطبخ والطحن وغير ذلك لان الجهالة ثمة تفضي الى المنازعة لجريان العادة بالمنافسة والاستقصاء **قوله** ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الى اخره قيل هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من لفظ الجامع ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة الطعام بان قال عشرة بمقابلة الطعام وبعده اعطاها طعاما بازاء العشرة فانه ذكر في جامع فخر الاسلام واذا سمى الطعام دراهم فانما معناه بان يجعل الدراهم بدلا فلا شك في جوازه ثم يستبدل به طعاما فيصح **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لا جهالة فيه **قوله** لان اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة اثمان اي المكيل

والموزون اذا كان موصوفا غير مشار ثمن بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الاجل كما في سائر الاثمان وهذا احتراز عن الطعام اذا كان مسلما فيه فان الطعام فيه مبيع مع كونه دينا فاشترط تاجيله ولكن يشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة ان كان له حمل ومؤنة خلافا لهما وقد مر في البيوع **قوله** وفي الكسوة يعني اذا استاجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الاجل وبيان القدر والجنس لان وجوب الثياب دينا في الذمة عرف شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورده والشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم **قوله** ليس للمستاجر ان يمنع زوجها وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك ليس له وطيها الا برضى المستاجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل ولنا الولي مستحق له قبل العقد بعقد النكاح وعقد النكاح باق فيبقى ما كان حقا له ولا يسقط لامر مشكوك **قوله** اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة وفي المبسوط اجرت نفسها للارضاع بغير اذن الزوج فللزوج ان يفسخ الاجارة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند الشافعي في وجه لا يصح العقد بغير رضاه وبه قال احمد ولو زوج بعد عقد الاجارة له الفسخ بالاجماع **وقيل** ان كان الزوج ممن يشينه ان يكون امراته ظئرا فله الفسخ لدفع الضرر عن نفسه والا لا يكون له الفسخ والاصح ان له فسخ ذلك في الوجهين لانها ان كانت مرضعة في بيت ابويه فللزوج منعها عن الخروج عن منزله ولانها في الارضاع والسهر بالليل تتعب وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج وكان له ان يمنعها من الاضرار به ففي حقه اولى كما يمنعها من التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فلو كان مجهولا لا يعرف انها امراته الا بقولها فليس له الفسخ لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق المستاجر ولانه يمكن تهمة المواضعة مع هذا الرجل وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق على نفسها لا تصدق في ابطال النكاح **قوله** كان لهم اي لاولياء الصبي ان يفسخوا وكذا اذا مرضت ايضا لهم ان يفسخوا الاجارة فالحاصل ان العقد لازم من الجانبين الا ان الاجارة تفسخ بالعذر عندنا ثم من العذر لهم ان لا ياخذ الصبي من لبنها وكذا اذا كانت سارقة فيخافون على متاعهم وكذا اذا تقيا الصبي لبنها وكذا اذا كانت فاجرة بينا فجورها لانها تشتغل بالفجور وينقص من قيامها بمصالح الصبي وهذا بخلاف ما لو كانت كافرة حيث لا يكون عذرا في الفسخ لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد ان يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر لما ان في بعض نساء الرسل كانت كافرة كامراة نوح وامراة لوط وما بغت امراة نبي قط هكذا قاله النبي عليه الصلاة والسلام وكذا لو ارادوا السفر فابت الخروج معهم فهو عذر واما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الارضاع وكذا ان لم تكن معروفة بالظؤرة فلها ان تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتدائها ما تبتلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت وكذا اذا لم يكفوا عن ايذائها بالسنتهم كان لها الفسخ كذا في المبسوط ولو استاجر امراته ليرضع ولده منها لا تجب الاجر وبه قال الشافعي والقاضي الحنبلي وقال مالك واحمد يجوز لان كل عقد يصح ان ينعقد مع غيره يصح ان ينعقده مع زوجه كالبيع ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج ولهذا لا يملك اجبارها على الارضاع والحضانة فيجوز اخذ العوض عنها منه كما يجوز من غيره ولنا ان ذلك مستحق عليها ديانة قال تعالى والوالدات يرضعن اولادهن وان كانت لا تجبر على ذلك فلا تستوجب الاجر كما لو استاجرها لكنس البيت او الطبخ او الغسل وغير ذلك كذا في المبسوط وحكي عن الشافعي انه قال استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز ان يلزمه عوض اخر كذلك ورد بان الاستمتاع بها في غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاقها سواها بعوض اخر كما لو استاجرها اولا ثم تزوجها وفي المبسوط ولو استاجرها لارضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في رواية

ابن رستم عن محمد ويكون لها الاجر في مال الولد وبعض المشايخ اخذوا بهذه الرواية لان الارضاع
بمنزلة النفقة ونفقة الصغير تجب في ماله اذا كان له مال ولو استاجرها لارضاع ولد من غيرها
بغير خلاف وكان لها الاجر لان ذلك غير مستحق عليها ديانة ولو استاجر خادمها لترضع ولده منها
لا يجب الاجر ولو استاجر مكاتبتها جاز ولو ارضعت خادمه الظئر الصبي فلها الاجر لانه لم يشترط
الارضاع بثديها وهذا كمن استاجر قصارا او خياطا ولم يشترط العمل بنفسه فعمل بغيره يستحق
الاجر كذا هذا بخلاف ما لو شرط الارضاع بنفسها كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان وقال احمد
وابو ثور لا اجر لها لانها لم ترضعه فصار كما لو سقته لبن الغنم ويجوز استيجار امه واخته وابنته
لرضاع ولده وكذا سائر اقاربه بلا خلاف **قوله** يعتبر فيما لا نص فيه العرف يعني الاصل ان الاجارة
اذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الاجارة على الاجير فالمرجع فيه العرف
فكل عمل راجع الى منفعة الصبي على الظئر كالحضانة وغسل ثيابه وبه قال الائمة الثلاثة وعن
الشافعي في وجه لا يلزمها **قوله** ولو ارضعته بلبن الشاة لا اجر لها وبه قال الائمة الثلاثة **قوله**
لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه اللبن وهو العين بدليل ان
الصبي لو اوجر بلبن الظئر في المدة لا تستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل دون العين كذا
في الاوضح وهذا هو العذر الموعود قبله بقوله وسنبين عن الارضاع الى اخره قال شيخي صاحب
النهاية رحمه الله يجوز ان يكون هذا الحكم غير مسلم عند شمس الائمة **فان قيل** ذكر في المبسوط لو
ضاع الصبي في يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر
لانها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة بخلاف الاجير المشترك على قول من
يضمنه وذكر في الذخيرة لو اجرت الظئر نفسها من قوم اخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك
اهلها الاولون حتى يفسخوا فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر
كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها الاجير المشترك والا لما وجب الاجر كملا ولو وجب الاجر
كملا ينبغي ان لا تاثم **قلنا** الوجه ان الاجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه
ايفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط ثم لو كانت اجير وحد حقيقة لم تستحق الاجر كملا فلشبهها بالاجير
المشترك تستحق الاجر كملا ولشبهها بالاجير الوحد تاثم كذا قرره شيخي صاحب النهاية و**قوله** لانه
اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى اي انما لم يجب الاجر لاختلاف المعنى الوجور الذي يصب في
وسط الفم يقال اوجرته ووجرته ولو استاجر رجلا ليقتل قاتل وليه قصاصا لم يجز عندهما وعند
محمد يجوز وبه قال الشافعي ومالك واحمد وابو ثور لانه عمل معلوم فصار كذبح الشاة او كاستيفاء
القصاص في الطرف ولهما انه لا تعارف فيه وجواز الاجارة بالتعارف ذكره في الكافي وفي المغني
لابن قدامة ابو حنيفة لا يجوز الاجارة لاستيفاء القصاص في النفس لان عدد الضربات يختلف
وموضع غير متعين اذ يمكن ان يضرب مما يلي الراس لان عدد الضربات يختلف ومما يلي الكتف فكان
مجهولا ويجب عنه وسطل قوله بخياطة الثوب فان عدد الغرزات مجهول وقوله ومحله غير متعين
انه متقارب فلا يمنع صحته كموضع الخياطة من الحاشية هكذا ذكره لكن هذا الذي قاله ما نقل عنه
بل المنقول ما قلنا **قوله** ومن دفع الى حائك الى قوله من دقيقه اي من دقيق
الحنطة على تاويل البر وفي بعض النسخ دقيقها وكذا لو استاجر رجلا ليحمل طعاما بقفيز منه اي من
الطعام المحمول فالاجارة فاسدة ذكره التمرتاشي ولا يعلم فيه خلاف وفي المبسوط حكى الحلواني عن
استاذه ابي علي النسفي انه كان يفتي بجواز دفع الثوب الى الحائك لينسجه بالنصف في ديارهم بنسف لان

٧١٢

فيه عرفا ظاهرا وكذا مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة في الثياب للتعامل والقياس قد يترك
بالتعامل كما في الاستصناع قال رحمه الله والاصح عندي ان ما ذكره في الكتاب اصح لان هذا في معنى
قفيز الطحان من كل وجه فيكون الحكم فيه ثابتا بالنص لا بالقياس ومشايخ يقولون يجوز تخصيص النص بالتعامل
كما خصصنا الاستصناع عن النهي الذي ورد عن بيع ما ليس عند الانسان لا تركا للنص اصلا لانا
عملنا بالنص في غير موضع الاستصناع فكذلك خصصنا الثياب عن النهي عن قفيز الطحان حتى لو تعامل
اهل بلدة قفيز الطحان لا يجوز ولكن مشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل اهل بلدة واحدة
وتعامل اهل بلدة واحدة لا يخص الاثر لان تعامل اهل بلدة واحدة يجوزه وترك تعامل اهل بلدة
اخرى لا يجوز فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف الاستصناع فانه وجد التعامل فيه في كل البلاد كذا
في جامع شمس الائمة والذخيرة والحيلة في ذلك ان يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد
ولم يقل من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم اذا جاز
يعطيه دقيق هذه الحنطة ان شاء **قوله** والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر لان
المسمى غير مقدور التسليم عند العقد اذ هو بعض المنسوج او المحمول وليس له حكم الوجود لانه
غير واجب في الذمة وكان معدوما ويعجز عن تسليمه وانما يصير مقدور التسليم بعمل الغير فلا
يعد قادرا قبل حصوله وفي مبسوط صدر الاسلام وجامعه ومعنى النهي في قفيز الطحان ونظائره
انه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد لانه لا يمكنه تسليمه الا بعد العمل وشرط العقد لا
يجوز ان يكون حكم العقد لانه خلاف وضع الشرع اذ الشرط يسبقه والحكم يعقبه وفي الذخيرة
والمبسوط ان الدقيق معدوم في الحال وليس له حكم الوجود لانه غير واجب في الذمة لانه
انما يجب في الذمة ما له وجود في العالم والبدل في المعاملات يجب ان يكون موجودا حقيقة
كالعين او حكما كالثمن ويجب اجر المثل اذا سلم المعقود عليه لان العامل لم يصر شريكا في العين
لانه انما شرط له قفيز مجهول وليس بمجهول في ابتداء التسليم بخلاف ما لو استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الاخر الى اخر ما ذكر في الكتاب وههنا مسئلتان احدهما ما اذا استاجر رجلا ليحمل له كرّ
حنطة الى بغداد مثلا بقفيزه كانت الاجارة فاسدة وله اجر مثله ان بلغ بغداد لا يجاوز قيمة نصف
الكر عندنا والثانية ان يستاجره ليحمل الى المكان المعين نصفه ودفع اليه كله ولا اجر له ههنا وهي
مسئلة الكتاب وهي من مسائل اجارات جامع الكبير وذلك لانه اذا دفع اليه كله ملكه نصفه بالتعجيل
فصار طعاما مشتركا ولو عقد العقد على حمل طعام مشترك بينهما كان باطلا فكذا ههنا واذ بطلت
الاجارة لم يجب الاجر بخلاف المسئلة الاولى لان الحنطة صارت مملوكة له بعمل الاجير كالدقيق يوجد
بعمل الاجير وكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا فيجب اجر المثل كذا في الجامع الكبير للسرخسي
وصدر الدين الحميدي وفي الفوايد والحاصل ان العقد ان صادفت محلا غير مشترك ابتداء
وانتهاء ينعقد جائزا وان صادفت محلا مشتركا ابتداء وانتهاء لا ينعقد اصلا وان صادفت محلا
غير مشترك ابتداء ومشترك انتهاء ينعقد فاسدا وفي الفاسد يجب اجر المثل ففي المسئلة الاولى
ينعقد فاسدا لان المحل غير مشترك ابتداء وفي الثانية لا ينعقد اصلا لانه مشترك ابتداء وانتهاء
وفي الفوايد الظهيرية والحاصل انه متى قال استاجرتك لتحمل هذا الكر بنصفه لا يصير شريكا
ومتى قال لتحمل نصف هذا الكر بنصفه الباقي يكون شريكا ولا يجاوز بالاجر اي اجر المثل قفيزا
عندنا خلافا لزفر والائمة الثلاثة كما في سائر الاجارات الفاسدة وقد بيناه و**قوله**
قفيزا بالنصب بنصبه على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول

قوله

بدون الجار وهو ضعيف لانه اي العامل رضي بحط الزيادة اي الزيادة على احدهما من المسمى
ومن اجر المثل اما رضاه بالمسمى فبعقده عليه واما رضاه باجر المثل فاقدامه على الاجارة الفاسدة
قوله يجب الاجر بالغا ما بلغ هذا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر يجب اجر المثل لمن جمع
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى غير معلوم فلا يصح الحط وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف
ثمن ذلك لانه قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا كما لو استاجر لحمل الحنطة بقفيز منها وقد مرت
المسالة في الشركة **قوله** عشرة مخاتيم هو جمع مختوم وهو الصاع وشهد عليه حديث
الخدري الوسق ستون مختوما وسمي به لانه يجعل على اعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد ولا ينقص كذا
في المغرب وفي المبسوط المختوم والقفيز واحد ونصب العشرة على انها صفة هذه المعمول بها
وجر المخاتيم على مذهب اهل الكوفة في قولهم الثلاثة الاثواب ونصب اليوم على الظرفية **قوله**
وهذا اي الفساد عند ابي حنيفة وبه قال مالك والشافعي واحمد وعن احمد مثل قولهما **قوله**
في الاجارات هو جائز وانما قيد قولهما في الاجارات اي اجارات المبسوط لانه لم يذكر قولهما في
الجامع الصغير وفي المبسوط قولهما استحسان ويكون العقد على العمل لانه المقصود في الاجارات
وذكر الوقت يحمل على التعجيل لا لتعليق الجواز به حتى لو فرغ منه في نصف النهار كان له الاجر كاملا
ولو لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لانه صار اجيرا مشتركا **قوله** ولا ترجيح اي ليس
احدهما باولى من الاخر في الاعتبار لان كل واحد منهما يصلح معقودا عليه في باب الاجارة الا ترى
انه لو استاجره ليخبز له اليوم وان لم يبين العدد يجوز وكذا لو استاجره ليخبز له عشرة مخاتيم
بلا ذكر الوقت يجوز وحيث ان كل واحد يصلح معقودا عليه صار المعقود عليه مجهولا وجهالته
تفسد العقد لانها تفضي الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول
منافعك في بقية اليوم حقي باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى اخر
اليوم فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود
المستاجر فالمدة مقصود للاجير ولا ترجيح **فان قيل** يشكل عليه مسالة الخياطة بطريق الترديد
بان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان العقد في اليوم جائز
عند ابي حنيفة على ما يجي فجعل ذكر اليوم هناك للتعجيل **قلنا** نقصان الاجر للتاخير دليل ان
مراده من ذكره مجازه وهو التعجيل لا حقيقته وهو التاقيت وفي مسالتنا لم يقم دليل على التعجيل
فيحمل على حقيقته وهو التاقيت فيصير المعقود عليه مجهولا وهذا كما لو استاجره ليخبز له هذه
العشرة المخاتيم على ان يفرغ منه اليوم يجوز هذه الاجارة بالاجماع لما ان اليوم في مسالة الفراغ
ما ذكر مقصودا وانما ذكره لاثبات صفة في العمل وهو التعجيل والصفة تابعة للموصوف
غير مقصود بالعقد الا ترى لو اشترى عبدا على انه خباز ولم يكن لم يكن الخبز معقودا عليه حتى
لا يقابله شي من الثمن لانه صفة كذا هذا وفي مسالتنا اليوم ذكر قصدا واما قولهما ان ذكر اليوم
للتعجيل ففيه نظر لان اغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون غرضهم التعجيل وقد يكون العقد
على المنفعة وهو حقيقته والاجر مجاز فلا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وقيل الضابط
للفرق بين ذكر الوقت للاستعجال وبين ذكره لبيان الوقت ان الجمع المفسد بين الوقت والعمل
اذا ذكرهما قبل ذكر الاجر اما اذا ذكر احدهما وذكر الاخر معه حتى يتم العقد ثم ذكر الباقي لا
لا يفسد العقد لان العقد لما تم بذكر الاجر كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او للتعجيل فلم
يفسد العقد اما لو جمع بينهما قبل تمام العقد بذكر الاجر صلح كل واحد منهما معقودا فيفسد بالجهالة

المعقود

المعقود عليه كذا في المبسوط والذخيرة وشروح الجامع الصغير **قوله** لانه للظرف اي
لان اليوم للظرف لا للمدة فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم لانه للمدة لانه بدون في
يستغرق جميع وكانت المنفعة مستغرقة جميع الوقت فيكون اجيرا واحدا واما في فللظرف والعمل
لا يستغرق جميع الظرف فيكون المعقود عليه نفس العمل فيكون اجيرا مشتركا وقد مر مثله في
الطلاق اي في مسالة انت طالق غدا وفي غد **قوله** وشرط ان يكربها الى اخره يقال كرب
الارض كرابا قلبها للحرث من باب طلب وقيد بالكراب مرة والمدة سنة لانه اذا شرط الكراب
مرتين لا يكون هذا الشرط مفسدا لكونه من مقتضيات العقد وكذا لو كان يخرج بالكراب مرة
الا ان مدة الاجارة كانت سنتين لا يفسد العقد لان منفعته تبقى سنة دون سنتين فلا يكون
هو شرطا فيه نفع لصاحب الارض فيجوز وذكر ابو الليث عن مشايخنا انهم قالوا هذا الجواب في
بلادهم اما في بلاد الحضرة يجوز المزارعة بهذا الشرط لان منفعة الثنية في بلاد الحضرة لا تبقى
بعد انقضاء المدة فان الارض وان كرب مرارا قلما تبقى منفعتها الى العام الثاني و **قوله** هو
الصحيح احتراز عن قول من قال المراد بالانهار الجداول وقلنا والصحيح ان المراد الانهار العظام
لانه تبقى منفعته الى العام القابل وذلك لان اسم الانهار مطلقا يتناول الجداول ومنفعة كري
الجداول لا تبقى الى العام القابل كذا ذكره المحبوبي وكان المستاجر هو المنتفع بالجداول خاصة وهو
واجب على المستاجر دون الشرط فكان شرطا يقتضيه العقد فلا يفسد به **قوله** لا خير
فيه اي لا يجوز اصلا **قوله** وقال الشافعي هو جائز اختلف جنس المنفعة او اتفق وبه قال
مالك واحمد لان المنافع كالاعيان عنده ومبادلة العين بالعين بجنسه او بخلاف جنسه صحيحة
عند المساواة ولهذا يصح الاجارة ببدل دين ولو لم يكن في حكم العين لكان بيع الدين بالدين وكذا
السكنى بالخدمة يجوز ولم يجعل دينا بدين فكذا اذا قوبل بجنسه ولنا ان مبادلة الشي بجنسه لا
يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا وفي المبسوط لنا في المسالة طريقان احدهما هو المنقول
عن محمد ان مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والثاني ان جواز عقد الاجارة للحاجة
ولا حاجة في مبادلة المنفعة بجنسها لانه كان متمكنا من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالعقد
الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه والكلام من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول
فاما في اختلاف الجنس فالحاجة متحققة فيجوز **قوله** والى هذا اشار محمد وهو ما حكي ان
ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك
اطلت الفكرة واصابتك الحيرة وكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع
قوهي بقوهي نساء والحاكي يحدث بكثرة الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها
كذا في جامع فخر الاسلام والقوهي ثوب منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والكورة المدينة
فان قيل النسا ما يكون مشروطا في العقد والاجل هاهنا غير مشروط فكيف كانت المنافع في حكم الاعيان
دون الديون والاجر في مختلفي الجنس لان الدين بالدين حرام وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام
عن بيع الكالي بالكالي ولان النسا انما حرم في الجنس لان النقد خير من النسيئة وهاهنا لا فضل
اذ العدم في البدلين على نمط واحد **قلنا** لما كان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة في المدة ولا
يتصور حدوثه جملة لكن يكون ذلك شيئا فشيئا وكان هذا بمنزلة اشتراط الاجل وابلغ منه فان
المطالبة بالتسليم تتاخر بالاجل فكذا المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه تتاخر الى حدوث المنفعة
وهذا ابلغ من ذلك لان بالاجل تتاخر انعقاد العقد وهاهنا تتاخر الانعقاد في حق المعقود عليه

وهذا ليس بدين حقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت دينا في الذمة والمحرم
الدين بالدين ولهذا اقمنا المنفعة التي يصحبها النسا حالة العقد مقام المعقود عليه اذ لا
بد لعقد المعاوضة من المعقود عليه فاقمنا العين مقام المنفعة فيما لم يصحبها النسا ضرورة
صحة العقد فكان بمنزلة بيع العين نسا بخلاف جنسه ونحن نسلم ان العدم في البدلين على نمط
واحد الا ان في المنصوص يتعلق الحكم بعينه لا بعلته فانه عليه الصلاة والسلام قال اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فتكون الحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد بالنص لا
بالقياس فلا يعتبر بالحرمة قياما لفضل لان النص لم يشر الى الفضل كذا في الاسرار والمبسوط
والفوايد الظهيرية ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية
لانه استوفى المنفعة بالاجارة الفاسدة وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شي عليه لان تقوم
المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المنفعة ليس بمال متقوم في نفسها لانها منفعة وقلنا الفا
بغير بالجائز والمنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذا بالفاسد كذا في المبسوط وجامع المحبوبي **قوله**
فلا اجر له اي لا المسمى ولا اجر المثل وعلى قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يجب اجر المثل لما ان
اجارة المشاع فاسدة ايضا عنده واذا استوفى المعقود عليه يجب اجر المثل الا انه تعذر
استيفا المعقود عليه ههنا لان المحل مشترك ففي كل جزء عامل لنفسه وهو العمل الواحد لا
يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفا لا يجب اجر المثل في الفاسد عند
واحد في رواية خلافا للشافعي ومالك وقد مر **قوله** وقال الشافعي له المسمى اي يجوز
العقد وله المسمى لان الاجارة بيع المنفعة فيصح في الشايع كبيع العين وبه قال احمد **قوله**
لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع اي المعقود عليه نصف الشايع وحمل نصف الشايع غير
متصور فبطل العقد لوروده على ما لا يحتمل الوجود وصار كاجارة ما لا منفعة له ولهذا ضرب
نصف الشايع غير متصور وكذا وطي الجارية المشتركة في النصف الشايع لعدم تصور فعل الحسي
في الشايع **قوله** فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه
يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكنه جعله
عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة
ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا لغيره يجب فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول
لما كان مالا مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا
يتجزى بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه ثم المنافع والبدل بمقابلتها ولا شركة في ذلك
ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام حتى لو سلم الدار في المدة يستوجب الاجر وان لم يضع فيها طعاما
فكان العقد واردا على المنفعة الحكمية لا على الفعل الحسي وكان نظير البيع في حق قبول التصرف
الحكمي فيصح استيجاره للتصرف الحكمي كما في البيع **قوله** انما هو ملك نصيب صاحبه اي
منفعة ملك نصيب صاحبه وانه اي ملك نصيب صاحبه امر حكمي والشايع يقبل الصفات
الحكمية **قوله** او اي شي يزرعها اي استاجرها للزراعة ولكن لم يذكر اي شي يزرعها
فالاجارة فاسدة في الصورتين وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يصح في الصورتين وكان
له ان يفعل في الاول ما يشبه من البنا والغرس والزرع فان اشبه الجميع وكان بعضه اضر بالارض
من بعض لم يصح العقد وفي الثاني وهو ان يذكر الزرع صح العقد ولا يزرع الا ما يشبه ذكره في الجواهر
اما لو استاجرها للزرع فيها ما شا ويغرس ما شا يجوز بالاجماع ولو قال ليزرعها ما شيت ويغرسها

ما شيت ويغرسها ما شيت صح ايضا وهو المنصوص من الشافعي وخالفه اكثر اصحابه وقالوا لا يجوز لانه
لا يدري كم يزرع وكم يغرس وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها **قوله** فيه اي مما يزرع يضر
بالارض فان ضرر زراعة القطن والكتان والجاورس اكثر من ضرر الحنطة والشعير كذا ذكره المحبوبي فان
زرعها اي نوعا من الانواع الزراعات في القياس لا يعود العقد اي لا ينقلب جائزا فيجب اجر المثل لا المسمى
وهو قول الشافعي واحمد وزفر لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وما وقع فاسدا لا ينقلب
جائزا **قوله** ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا **فان قيل** ان ارتفعت الجهالة
بالزراعة ولكن لم يرتفع ما هو الموجب لفساد العقد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز
ان يكون ما زرعها مضرا بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك والموجب في الابتدا كان احتمال
ذلك ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا
ينفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قام بهما ثم الاستعمال بعين من احدهما فلا يصح ذلك قال
صاحب الفوايد ولي فيه اشكال هايل ثم قال **قلنا** الاصل اجازة العقد عند انتفا المانع لان
عقود الانسان يصحح بقدر الامكان والمانع الذي يفسد العقد باعتباره يوقع المنازعة بينهما في
تعيين المعقود عليه وعند استيفا احد النوعين من المنافع نزول هذا النوع فيجوز هذا العقد
قوله كما اذا اسقط الاجل المجهول اي في البيع بان باع الى الحصاد او الدياس فاسقط الاجل
قبل اوان الحصاد او الدياس والخيار الزايد في المدة بان شرط الخيار اربعة ايام مثلا ثم اسقط
اليوم الرابع قيل هذا رد المختلف على المختلف فكان عند زفر لا ينقلب جائزا في هاتين المسألتين
كالاولى واجيب بان هاتين المسألتين من المسايل المسلمة لا قامة الدليل على الانقلاب الى الجواز فجعلهما
بمنزلة المجمع عليه **قوله** وان كانت الاجارة فاسدة لان حكم الفاسد يوخذ من الصحيح ولا نعلم
فيه خلافا ان هذه الاجارة فاسدة والفاسد في حكم الصحيح في ان العين المستاجرة امانة فلا
يضمن بلا تعد ولو تعدى المستاجر وضمن لا يجب الاجر لانه صار غاصبا للعين فكان هذا اتلافا للمنافع
بطريق الغصب لا استيفا المنافع المملوكة بالعقد فلم يجب عليه بدلها وعند الشافعي يضمن لانها ملحقة
بالعين وثمن المبيع لا يسقط بجناية المشتري على مال آخر للبايع وبه قال احمد ومالك ولو جحد الاجارة
في بعض الطريق وجب اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود
صار غاصبا لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وعند محمد يجب الاجر كله لانه لما سلم من الاستعمال سقط
الضمان وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله** فله الاجر المسمى استحسانا وفي القياس يجب اجر المثل
وهو قول زفر لما مر وجه الاستحسان ارتفعت الجهالة قبل تمام العقد فانه لما حمل ما يحمله الناس
فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المودية الى المنازعة فانقلب الى الجواز فوجب المسمى

باب ضمان الاجير

لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة
والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه
موجر لا مواجر وقد مر في اول كتاب الاجارات **قوله** فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل
قيل هذا تعريف دوري لانه لو سيل من لا يستحق الاجر حتى يعمل من هو فلا بد من ان يقول هو الاجير
المشترك اجيب ان هذا تعريف بالاجلى والاشهر او تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره قبل فانه
ذكر في باب الاجر متى يستحق بقوله او باستيفا المعقود عليه وقيل في تعريفه من يعمل لغير واحد
كالصباغ والقصار من يعمل لواحد **قوله** اذ هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفة وهو قول زفر

والحسن ابن زياد وهو القياس سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز
التحرز عنه واحمد واسحق والمزني والشافعي في قول وروي عن علي وهو مذهب ابرهيم وتضمنه عندهما
اي عند ابي يوسف ومحمد وبه قال الشافعي في قول ومالك وابن ابي ليلى وهو مروي عن عمر وعلي وابن
مسعود وقيل روي عن ابي بكر ايضا وهو مذهب عطا وطاوس ومجاهد والمسئلة مختلفة بين الصحابة
فلهذا اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف لان فيه عملا باقوال الصحابة بقدر الامكان قيل في القول
بالصلح على النصف قول خارج عن اقوال الصحابة وترك للعمل باقوالهم اذ الصحابة اختلفوا على القولين
لا غير اما بالضمان او عدم الضمان فكان القول بنصف الضمان خارجا عن اقوالهم فكان باطلا وقيل فيه
عملا باقوالهم لانا لما قلنا بالصلح على النصف كان ذلك حطا للنصف بعد وجوب الكل واتقا لوجوب
النصف كما كان فكان عملا بقول من يقول بالضمان ثم لما قلنا بعدم وجوب النصف كان عملا في النصف بقول
من قال بعدم الضمان واما ايجاب النصف فكان منه سره اسداء باعتبار ان المصاب يعان واقرب
الناس منه اعانة من هلك ماله في يده فعلم ان فيه عملا باقوالهم بقدر الامكان وفيه نوع تامل
وفي الخلاصة بعض العلماء افتوا بقولهما احتشاما لقول عمر وعلي وعطا وطاوس ومجاهد وهم
من كبار التابعين وايمة سمرقند افتوا بالصلح هل يجبر على النصف وكان الامام المرغيناني يفتي
بقول ابي حنيفة فقيل له من قال بالصلح هل يجبر لو امتنع قال لا وقال كنت افتي زمانا بالصلح ورجعت
لهذا والقاضي الامام قاضي خان يفتي بقول ابي حنيفة ونحن نفتي به ثم عندهما ان شا المالك ضمنه
مقصورا واعطى الاجرة وان شا غير مقصور ولا اجر له وكذا لو هلك بعمله فالمالك بالخيار بالاتفاق
قوله كانا اي عمر وعلي يضمنان الاجير المشترك استحسانا حفظا لاموال الناس ولان الحفظ مستحق
عليه اي واجب فكان عليه العمل السليم اذ لا يمكن التوصل الى المعقود عليه الا بالعمل السليم فلو هلك
بجهة يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ المستحق فيضمن كما لو دفع اذا
كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا الا ان لا يمكن
التحرز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية
والتقصير منه ولابي حنيفة ان العين امانة عنده لانه قبضها باذن المالك لاقامة العمل فيه فلا يكون مضمونا
عليه كالمودع واجير الوحد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما
التعدي فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا
الى اخر ما ذكر في الكتاب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا اي غير معقود عليه لكنه وسيلة اليه
وجعل العين تابعا في الحقيقة فلا يصار اليه الا عن ضرورة كما في الحبس اذ لا تعذر على حبس اشد
فعله الاحبس العين والمسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض وما قالا لان النظر في حق صاحب
المال فهو ضرر في حق الاجير وهو ان يلزمه ما لم يلتزم ونظر الشرع للكل فمن النظر ان لا يكون
مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك اليه اشار في الاسرار والمبسوط **قوله**
وما تلف بعمله اي بعمل الاجير الى قوله مضمونا عليه وكذا ما تلف بسوق المكاري وقوده مضمون عليه وبه
قال مالك واحمد والشافعي في قول وروي ذلك عن عمر وعلي وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن
والحكم وقال زفر والشافعي في قول لم يضمن وقال الربيع هذا مذهب الشافعي وروي ذلك عن عطا
وطاوس لانه مأذون فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق والاجير الوحد وهذا لانه امره بالفعل
مطلقا الى الاخر ولا تقييده بالدق المصلح لانه ليس في وسعه وليس كان في وسعه فلا يمكن التحرز عنه الا
بحرج عظيم وما فيه حرج ملحق بما ليس في الوسع وهو كالفصاد والبزاغ والحجام والختان فانه يجب

الضمان عليهم اذا سرى الى النفس لهذا المعنى **قوله** وهو العمل الصالح لان الاذن انما ثبت
ضمنا للعقد والعقد انعقد على السليم لان مطلق المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب
كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا
فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع اخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف
السلامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لان العقد لم يتناول العمل الصالح لان نفس ذلك العمل
افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل ان لا يجاوز القدر المعتاد ومتى جاوز ضمن وههنا الملتزم
بالعقد الدق المزين المحسن ولانه لا يمكنه الاحتراز عن العمل الساري لان السراية والاقتصار يتبعان
قوة المحل على احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج من
الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال فاما التحرز عن التخرق ففي وسع القصار الا انه ربما يلحقه الحرج
فيه وهو ساقط العبرة فلا يلزم العبد بالتزامه وعقده وانما يعتبر في خطابات الشرع رحمة ونظرا
ولا يقال القصار اتى بالدق المزين المحسن انما التخرق حصل بوهن في الثوب فهو نظير البزاغ والفصاد
لانا نقول المعقود عليه العمل الصالح فاذا حصل التخرق علم انه غير معقود عليه ولما قلنا ان في البزاغ
لم يتناول الصالح لان نفس ذلك العمل افساد الى اخر ما ذكرنا يؤيد قولنا ما روى جعفر بن محمد عن ابيه
عن علي انه كان يضمن الصباغ وروى الشافعي في مسنده باسناده عن علي انه كان يضمن الاجراء ويقول
لا يصلح للناس الا هذا ثم صاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه مقصورا واعطاه الاجر وان شا ضمنه
قيمته غير مقصور ولا اجر له قال بشر هذا الجواب صحيح على قولهما لان عندهما قبضه قبض ضمان فله ان
ان يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور اما عند ابي حنيفة وهو خطأ لان عنده قبض العين قبض امانة
وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له ان يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك والاصح ما قلنا لانا
لا نضمنه قيمته بالقبض بل يضمنه بالاتلاف ان شا معمولا وان شا غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه
باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز ان يكون معقودا عليه عند الرضا به كالردي في باب السلم يكون
معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغيير في العمل كان له الخيار كذا في المبسوط والاسرار **قوله**
الا انه لا يضمن به ادمي ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة قيل هذا اذا كان ممن يستمسك على
الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف في الكتاب
كذا ذكره التمرتاشي **قوله** دنا من الفرات قال العتابي انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت
تباع هنالك وقيد في بعض الطريق لانه لو انكسر بعد ما انتهى الى المكان المشروط من جنايته يده فلا ضمان
عليه وله الاجر كذا نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوايد الظهيرية **و قوله**
فان انكسر ليس بقيد فانه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا وعند زفر والشافعي ان انكسر لا ضمان عليه لما
قلنا وان كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره لانه اتلفه في هذا المكان ويعطيه اجر ما حمل لانه اوفاه
المنافع الى ههنا ولا خيار للمستاجر عندهما اما الضمان عندنا في مسئلة الانكسار فلان الحمال اجير
مشترك فيضمن ما تلف بجناية يده لان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
واما الخيار فلان الحمل موافق من وجه فانه امره بالحمل وقد حمل ومخالف من وجه لانه امره بالحمل على
وجه يصير محمولا الى مكان معين ولم يأت بذلك الحمل فان مال الى جهة الخلاف ضمنه في المكان
الذي حمل ولا اجر له لانه لم يسلم العمل وان مال الى الوفاق ضمنه في المكان الذي انكسر واعطاه من
الاجر بحسابه ولان المعقود عليه فات بعضه فصار كالمبيع العين اذا فات بعضه ثم تخير المشتري
فكذا ههنا **فان قيل** كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم **قلنا** لانه

لما انكسر في الطريق والحمل شي واحد حكما اذ الحمل المستحق بالعقد ما سمع به وهو ان يجعله محمولا
الى موضع عينه ظهر انه وقع تعديا ابتدا وفي الحقيقه ابتداوه سليم وانما صار تعديا عند الكسر
فان مال الى الوجه الحكمي فلا اجر له لانه ما استوفى من عمله اصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله
الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا في حاله واحدة وقد اختلفت الحاله
ههنا وهذا لانه اذا ضمنه قيمته في مكان انكسر فقد جعل المتاع امانه عنده من حيث حمل الى موضع
انكسر والاجر يجب في حاله الامانه وانما صار مضمونا في حاله الكسر وهذه حاله اخرى وان تلف في
يده بغير فعله بان زحمه الناس لا يضمن عند ابي حنيفه على هذا الوجه لان عنده المال امانة في حالتها
لهما وهي مسئله اجير المشترك **فان قيل** ينبغي ان لا يخير عند ابي حنيفه على هذا الوجه لان
عنده المال امانه عند الاجير وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان امانه عند القبض عنده
وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمل منه **قلنا** ان القبض يقع على وصف التوقف عنده
ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وزلقه فعله وصنعه فظهر انه كان مضمونا عليه
فله الخيار ولان الكسر حاصل بصنعه فالفساد الحاصل به يستند الى حالة العقد لان الفساد بعمله
انما اوجب الضمان باعتبار العقد لانه لولا عقد الاجارة يكون الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على
المعين فيما اعان كذا في المبسوط **قوله** فصد الفصاد من حد ضرب وهو في الادمي وبزغ
من حد فتح وهو في الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة اذا شقها بالمبزغ وهو مثل شرط الحجام كذا
في المغرب فلا ضمان عليه ولا نعلم فيه خلاف **قوله** وفي كل واحد من العبارتين اي عبارة
القدوري والجامع نوع بيان لانه ذكر في القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى اذا تجاوز
يجب الضمان وفي الجامع ذكر الاجره وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان
فيحمل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى لما قدمنا اشاره الى قوله لان الاحتراز عن التخرق بالدق
ممكن فيمكن التقييد بالمصلح اما السرايه والانه مال يتعلق باحوال باطن الحيوان من ضعف المزاج
وقوته فضعف المزاج لا يتحمل ما قد يسري الى النفس وقوي المزاج يتحمل في تلك الساعة
ولا اطلاع للفصاد ونحوه على قوه طبعه وضعفه فلا يفيد بالمصلح من العمل وكيف يتقيد به والمطلوب
هو الجرح وهو افساد وتخريب البنيه كما ترى والسلامة ضده وفي المبسوط يوضح الفرق ان السرايه
بعد تسليم العمل وخروجه عن ضمان العامل اذ السراية تكون بعد الجرح بزمان لضعف الطبيعة عن
دفع اثر الجرح وتوالي الالام فاما التخرق مقترن بالعمل قبل خروجه عن ضمان العامل وكان ضامنا
لما يتلفه بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البدل ثم اذا جاوز المعتاد يضمن ولم يبين قدر ذلك
الضمان على تقدير الحيوه او الموت كم هو قيل كان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان لو
ختن فقطع الحشفه ينظر ان برا فعليه كمال الدية النفس وان مات فعليه نصف الديه وهذا من
العجب اذ هو مخالف لجميع مسايل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه وينبغي ان
يزداد ضمانه كما في قطع اليد وقتله خطا وقد ذكر الامام المحقق شمس الايمه السرخسي في مبسوطه
فقال محمد في النوادر انه لما برا كان عليه ضمان الحشفه وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيقدر
بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان فلو مات حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو
قطع الجلد والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فعليه نصف بدل النفس كذلك **قوله**
والاجير الخاص الى اخره وقوله وان لم يعمل وانما يستحق الاجره بتسليم نفسه بدون العمل اذا تمكن
من العمل حتى لو استاجره لاتخاذ الطين او غيره في الصحرا فمطر ذلك بعد ما خرج الاجير الى الصحرا

لا اجر له لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتي المرغيناني **قوله**
وان نقص على بنا المفعول بخلاف الاجير المشترك فقد روي عن محمد لو فتق الخياط او غيره يجبر على الاعاده
لانه نقض عمله فصار كان لم يكن ولو فتقه غير الخياط لا يجبر الخياط على الاعاده لان حكم العقد قد انتهى ولا
يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا وكذا الاسكاف على هذا ولم يذكر الجبر على الاعاده كما في مسئله السفينه
فان الملاح اذا رد السفينه بنفسه يجبر على الاعاده كذا في الذخيره **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص
الى اخره وبه قال ملك واحمد والشافعي في ظاهر مذهبه وقال بعض اصحابه فيه قولان في قول يضمن
كالاجير المشترك وهو المنصوص عليه ذكره في الحليه ومنهم من قال لا يضمن قولا واحدا وجه الضمان ما
روي الشافعي في مسنده عن علي انه كان يضمن الاجرا ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولنا ان العين امانه
في يده فاذا تلف بدون تعديه لا يضمن وكذا ما تلف من عمله لان تعلمه منقولا اليه كانه فعله بنفسه
والصحيح في الروايه عن علي انه كان يضمن الصباغ والصواغ وان روي مطلقا يحمل عليه فان
المطلق يحمل على المقيد عندك مع انك لا ترى العمل واحتجا بقول الصحابي **قوله** اما الاول وهو
ما اذا تلف في يده **قوله** لصيانه اموال الناس فان الاجير المشترك يقبل اعمالا كثيره رغبة في
كثرة الاجر وقد يعجز عن قضا حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه
اما الاجير الخاص يعمل له في سنه ولا يقبل الاعمال من غيره فاخذنا فيه بالقياس وهو ان العين امانه
في يده اولان البدل ليس بمقابله العمل فلا اشترط السلامه عن العيب **قوله** واما الثاني وهو
ما اذا تلف من عمله فلان المنافع صارت مملوكة للمستاجر بتسليم نفسه ولهذا استحق الاجر بتسليم نفسه
بدون العمل الى اخر ما ذكره في الكتاب وهذا اذا لم يتعمد الفساد اما لو تعمد الفساد يضمن
بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجير القصار وساير الصناع لان التلميذ اجير خاص كذا
فلا يضمن ويضمن الاستاد ولا يرجع الاستاد بما ضمن على التلميذ لانه اجير خاص كذا في الايضاح
ولا خلاف فيه

باب الاجارة على احد الشرطين

لما ذكر الاجاره على شرط واحد حتى افسدها اذا كان الشرط على خلاف مقتضى العقد ذكر هذا
الباب اذ الاثنين بعد الواحد **قوله** واي العملين من هذين عمل استحق الاجر المسمى وبه
قال احمد في روايه وقال الشافعي وملك والثوري وابو اسحق وزفر وابو حنيفة وابو يوسف
اولا واحمد في رواية وهو القياس لا يصح العقد وله اجر المثل اذا عمل لانه عقد معاوضة ولم
يعين فيه العوض والمعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم وهذا بدرهمين وقلنا استحسانا
الاجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فلا يبقى الجهاله لا في المعقود عليه ولا في
بدله بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد يفسد العقد **قوله**
وان خيره بين اربعه لم يجز وكذا في الخياطه والصبغ اذا ذكر ثلاثه انواع جاز وان زاد عليها
لم يجز **قوله** لا بد من اشتراط الخيار في مذهبه البيع يعني لو باع احد العبدين لم يصح الا
بشرط الخيار وفي الاجاره لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل الى اخره وهذا هو الفرق
بين الاجاره والبيع **قوله** وقال زفر الشرطان فاسدان وبه قال الشافعي ومالك واحمد
في ظاهر مذهبه والثوري وابو ثور واسحق وهو القياس كما لو قال في البيع ان اعطيت الثمن الى
شهر فبعشره وان اعطيته الى شهرين فبخمسه عشر درهما وهذا فاسد فكذا هذا للتردد بين
التسميتين **قوله** وذكر الغد للترفيه لا للاضافة والتعليق ولهذا لو افرد العقد في
الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق

نصف درهم فاجتمع في اليوم تسميتان فيفسد للجهالة البدل وكذا في الغد اجتمع تسميتان لان العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فصح انه اجتمع في اليوم والغد تسميتان والخياطة واحدة فيجب احدى التسميتين وهي مجهولة وهذه حجة لابي حنيفة في المنازعة ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة والغد للتعليق حقيقة والتعجيل والترفيه مجاز والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه كيف وقد قام الدليل على ان المجاز غير مراد لان العقد يفسد على تقديري التعجيل والترفيه لاجتماع العقدين حينئذ وعلى تقدير التاقيت والاضافة لا بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التوقيت يفسد العقد ومتى حمل على التعجيل او الترفيه لا فصرنا الى المجاز بدلالة حالهما وكذا ذكر الغد للاضافة واذا كان كذلك لا يجتمع في كل يوم تسميتان لان التوقيت يقتضي قصر العقد على اليوم فلا يبقى الى الغد والعقد المضاف الى الغد لا يكون ثابتا في الحال فلا يجتمع التسميتان في عقد واحد **قوله** وذكر الغد للتعليق المراد الاضافة اي للاضافة ولهذا ذكر في بعض النسخ وذكر الغد للاضافة لما ان الاجارة تصح اضافتها لا تعليقها ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق اي للاضافة حقيقة وذكر اليوم للتاقيت حقيقة كما ذكرا الا ان الدليل قام على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لانه ازداد له في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى اخر الى الغد والنقصان بتقدير التاخير والزيادة بتقدير التعجيل عادة والا لم يكن في الزيادة والنقصان فائدة وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز اي الترفيه بل الدليل على ارادة الحقيقة وهي الاضافة لانه نقص عن الاجر متى خاطه في الغد ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر بسبب التاخير اليه لانه يزول معنى الترفيه بنقصان الاجر فصار ذكر الغد للاضافة وذكر اليوم للتعجيل والعقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فيصح ويجتمع في الغد تسميتان فلا يصح لما ان العقد المضاف الى اليوم يبقى الى الغد لما ذكرنا ان ذكره للتعجيل لا للتاقيت فلم يقتض بمضي اليوم فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا وجهالته مانعة من التسليم والتسليم وهي تمنع جواز العقد **فان قيل** يشكل على قول ابي حنيفة مسئلة الخاتم فانه جعل ذكر اليوم فيها للتاقيت وجعل العقد منعقدا على تسليم النفس في المدة او على حقيقة العمل فافسده على ما سبق وجعل ذكر اليوم ههنا للتعجيل حتى اجاز العقد **قلنا** ذكر اليوم للتوقيت حقيقة وللتعجيل مجاز فلا يحمل على المجاز حتى يقوم الدليل وفي مسئلتنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التاخير فعدلنا عن الحقيقة بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل في مسئلة الخاتم وكان التاقيت مرادا فيفسد العقد وفيه نوع تامل **قوله** لا يجاوز به اي باجر المثل نصف درهم خلافا لزفر والائمة الثلاثة لان عندهم في الاجارة الفاسدة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وفي الجامع الصغير الى اخره انما اعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة بين رواية الجامع والرواية الاولى وفي الايضاح واختلفت الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني يذكر في الاصل والجامع لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة لا يزاد على نصف درهم ثم قال وهي الصحيحة لان الاجارة الفاسدة يجب فيها اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان الاعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم ووجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا اولى من الترجيح بالمصرح **قوله** في اليوم الثالث لا يجاوز

به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح والصحيح عندهما انه ينقص من نصف الدرهم ولا يزاد عليه ذكره في الايضاح **قوله** ان سكنت ولفظ سكنت من السكنى لا من الاسكان وانتصاب عطارا وحدادا على الحال لا على المفعول على ما مر وفي بعض النسخ اسكنت ولكن ولكن المقيد يقيد المقابلة الاول وقالا الاجارة فاسدة وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** ويحتمل الخلاف يعني ذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولم يحك فيه خلافا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز كما في نظايرها من المسائل كذا في الذخيرة لهما ان المعقود عليه مجهول لانه احد الشيئين وهو مجهول وعنده اي عند العمل يرتفع الجهالة اي لا يبقى الجهالة **قوله** يجب الاجر بالتخلية والتسليم اي بتسليم الدار والبيت والدابة والاجر مجهول عند التسليم فيفضي الى المنازعة وهذا الحرف اي المعنى وهو جهالة الاجر عند وجوبه هو الاصل عندهما لابي حنيفة انه خيره الى اخره وهذا لان السكنى وعمل الحدادين يختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح وكذا عند الجمع والغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن الانتفاع فاذا جاء الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز من العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع بان لم يسكن اصلا ومضى المدة يجب اقل الاجرين للتيقن به اي بالاقل اذ الفضل لا يجب بالشك وقيل يجب الاقل ونصف الفضل لوجوبه في حال دون حال وقيل نصف كل واحد من البدلين لانه متى سلم ولم يوجد السكنى يحصل التسليم لهما لانه ليس احدهما باولى من الاخر فيجب سبعة ونصف فيما اذا كان اقلهما خمسة واكثرهما عشرة كذا في الذخيرة والجامع البرهاني فاما ما كان لا يمكن الجهالة فصار الاصل عند ابي حنيفة ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم وضم اليه زيادة بزيادة البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل معلق باختيار الفصل في المعقود عليه • والله سبحانه اعلم

باب اجارة العبد

لما فرغ من بيان احكام الحر شرع في بيان احكام يتعلق بالعبد لانحطاط درجة العبد من الحر في المعاملات **قوله** ولهذا جعل السفر عذرا على ما يجي في باب فسخ الاجارة فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار حتى لو سافر به يضمن لمولاه لانه صار غاصبا ولو رده الى مولاه سالما لا اجر له عندنا خلافا للائمة الثلاثة لان الاجر والضمان لا يجتمعان عندنا **فان قيل** المستاجر في منافعه نزل منزلة مولاه في منافعه وللمولى ان يسافر به فينبغي ان يكون له ان يسافر به **قلنا** انما سافر المولى به لانه يملك رقبته والمستاجر انما يملك منافعه بالعقد فيملك استخدامه في المصر عادة ولان مونة الرد على الاجر بعد انتهاء العقد لان منفعة العقد تعود اليه فالمستاجر بالمسافرة يلزمه ما لم يلزمه الاجر اذ مطلق العقد ينصرف الى المتعارف والظاهر من حال المولى انه يريد استخدام الاجير في مكان العقد حتى لا يلزمه مونة الرد وربما يزيد ذلك على الاجر فيتعين مكان العقد للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة وهذا الخلاف ما لو صالح على خدمة العبد فان المدعى يملك المسافرة بالعبد لان في الصلح ليست مونة الرد على المدعى عليه لانه يزعم انه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة فمونة الرد عليه دون الوارث وفي الاجارة مونة الرد على الاجر فالاخراج يلزمه ما لا يلزم قال شمس الائمة السرخسي وكان شيخنا يقول في الفرق بالتاويل ما قال في كتاب الصلح ان اهل المدعى اذا كان في بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك او كان هو على جناح السفر وعلم ذلك المدعى عليه حينئذ يكون هو راضيا باخراج العبد الى اهله وتاويل ما قال في الاجارة

انه لم يكن ذلك معلوما للاجر عند عقد الاجارة فلا يكون راضيا باخراجه وتكلفه خدمة
السفر ثم قال والفرق عندي ما ذكرنا اولا **قوله** كما في الركوب يعني اذا استاجر دابة
ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين الراكبين فكذلك ههنا لما تعينت الخدمة في الحضر
بدلالة العادة ليس له ان يستخدمه في السفر للتفاوت بين الخدمتين وكذا لو اطلق الركوب ثم
ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو بعد ذلك ليس له ان يعين من يركبه اولا لانه يعين للركوب
فكذا ههنا لما تعين خدمة الحضر بالعادة ليس له ان يسافر به **قوله** فاعطاه الاجر اي بعد
عمله **قوله** والقياس لا اجر له وللمستاجر ان ياخذ منه لان عقد المحجور عليه باطل وصار
كما اذا هلك العبد اي قبل الفراغ من العمل فان القيمة تجب ولا اجر عندنا لان المستاجر صار
غاصبا ولا اجر على الغاصب عندنا وعند الايمة الثلاثة تجب اجر المثل بقدر العمل وبعد الفراغ
من العمل تجب اجر المثل عندهم ايضا لفساد العقد وهذا عندنا بخلاف ما لو دفع الى العبد
المحجور ارضا مزارعة ليزرعها العبد ببذره وهلك العبد فانه لا يضمن لان البذر لما كان
من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير صاحب الارض غاصبا للعبد لان من كان
البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر من قبل رب الارض وهلك العبد في عمل المزارعة
يضمن رب الارض وعندنا في الاستحسان هو محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع
المولى كقبول الهبة واذا اجاز عقد الاجارة بعد ما سلم من العمل صح قبض العبد الاجرة لانه هو
العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يرده منه وكذا الحكم في الصبي
المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العمل الا انه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستاجر الدية
وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور اذا هلك من العمل تجب عليه قيمته ولا اجر عليه
لما ذكرنا انه صار غاصبا ثم قبل الاجر الذي يجب فيما بين المسلمين اجر المثل لان العقد وقع فاسدا الا
استحسانا صحته في حق قبض الاجر فان اعتقه مولاه في المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد بخلاف
فاجر ما مضى لمولاه واجر ما يستقبل للعبد ولو اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار في
فسخ الاجارة كالصبي اذا بلغ في مدة الاجارة وان اجاز العقد فاجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل
له والقبض للمولى لانه هو العاقد كذا ذكره قاضي خان والتمرتاشي وعند الشافعي في الجديد ومالك
واحمد لا يبطل العقد ولا خيار للعبد كالصبي اذا بلغ لانه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسخ بالعتق
ولا بزوال ملكه عنه كما لو زوج امته ثم باعها وعقد الولي في الصبي لازم لصدوره في محله بولاية
شرعية قبل ان يملك فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالاب اذا زوج ولده وقلنا لما بلغ في نصف
المدة او اعتق العبد تبين انه اجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو اجر دارين
احدهما له والاخرى لغيره فصح في ملكه وذلك لان المنافع بعد العتق حق لغير العاقد فلا ينعقد عقده
عليها من غير ملك ولا ولاية **قوله** واجر العبد نفسه قيد به لانه لو اجره الغاصب كان الاجر
له لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق وعند الايمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب
باجر المثل كما لو اجر العبد نفسه **قوله** على ما مر اشارة الى وجه الاستحسان وهو ان التصرف
نافع الى اخره ونقول لما قالت الايمة الثلاثة له اي لابي حنيفة انه اتلف مالا غير متقوم انما يثبت
بالاحراز والاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او نائبه ويد المالك لم تثبت عليه ويد العبد
ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا اجر بنفسه عن الغاصب فكيف
يكون محرزا ما في يده فلا يكون العبد نائبا عن المولى ولا الغاصب ولما لم يكن محرزا للمالك لم يكن

معصوما له وما ليس بمعصوم للانسان لا يكون مضمونا له ولان الاجر بدل منفعة العبد ولو
اتلف منفعته بان استعمله في عمل من الاعمال لا يضمن عندنا فكذا اذا استهلك بدلها ولان الغاصب
لو اجره كان الاجر له ولا ضمان عليه باكله فاذا اجر العبد فعله من وجه كفعل الغاصب لانه
في ضمانه ومن وجه فعله كفعل المولى لانه مالك لرقبته وما تردد بين اصلين توفر حظهما فرجحنا
جانب المالك عند بقاء الاجر في يده وقلنا المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان
وقلنا لا ضمان عليه اذا اكله لان الاصل في ضمانه كالبيع اذا اكتسب في يد البايع ان استهلكه البايع
لم يضمن شيا عند ابي حنيفة وان كان قايما رده على المشتري كذا ههنا ذكره المحبوبي وغيره وفيه نوع
تامل لقوة جانب المالك وتظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق لانه اي المالك وجد
عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه
ياخذه اذا وجده ولا يضمن باتلافه عندنا و**قوله** على ما مر اشارة الى قوله والنافع ماذون
فيه وفايدة هذا تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فان الخروج عن عهدته يحصل باداية
الى العبد فيما اذا اجر العبد نفسه فاما اذا آجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الاجرة لان العبد ليس
بعاقد ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد كذا في الايضاح **قوله** تحريا للجواز
اي طلبا لصحة العقد كما لو سكت عليه فقال استاجرت عبدك هذا شهرا بكذا فانه ينصرف الى
ما يليه تحريا لصحة العقد فكذا ههنا ينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة اي ضرورة تحري الجواز
لان الشهر الثاني معطوف على الاول والمعطوف غير المعطوف عليه فيتناول الشهر الثاني لا محالة
وكذا لو استاجر ثلاثة اشهر شهرا بدرهمين وشهرا بخمسة فالاول بدرهمين وبقولنا قال مالك
واحمد وقال الشافعي وبعض اصحاب احمد لا يصح العقد حتى يسمي السنة او الشهر ويذكر اي شهر
او اي سنة فيما اذا قال اجرتك شهرا او سنة لان ابتدا الشهر مجهول فيلزم جهالة انتهايه ويلزم
من جهالتهما جهالة الشهر وقلنا ابتداوها مما يلي العقد تحريا لصحة العقد يؤيده قوله تعالى اخبارا
عن شعيب عليه السلام على ان تاجرني ثماني حجج ولم يذكر ابتداءها **قوله** فالقول قول المستاجر
اي لا يجب الاجر وبه قال احمد في رواية وان اجابه اي بالعبد وهو صحيح او غير ابق فالقول للموجر اي
المالك وبه قال احمد في رواية والشافعي ومالك **قوله** فيرجح بحكم الحال وفي بعض النسخ
فيترجح بحكم الحال اذ هو اي الحال دليل على قيامه اي قيام امر محتمل وهو يصلح مرجحا اي الحال
يصلح مرجحا وهذا جواب سوال وهو ان يقال الحال يصلح للدفع عندنا لا للاستحقاق كما عرف في
الاصول فاذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق الاجر ومطالبة المستاجر بالاجر فالحال
حينئذ كانت موجبة للاستحقاق فقال يصلح مرجحا لا حجة بنفسه يعني ان الاستحقاق ثبت هنا بالعقد
وتسليم العبد اليه في المدة لكن المستاجر يدعي ما ينافي الوجوب معترضا بعد ظهور السبب والظاهر
يكفي شاهدا للموجر في انكاره فيكون مرجحا **قوله** واصله اي اصل هذا الاختلاف بين المالك والمستاجر
الخلاف بين مستاجر الرحا والموجر فانه يحكم الحال فان كان الما منقطعا وقت الخصومة فالقول للمستاجر
فيما مضى وان كان جاريا فالقول لرب الرحا مع يمينه ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستاجر
والبينة للموجر وعلى هذا لو اعتق جاريته ولها ولد فقال المولى اعتقك بعد الولادة والولد ملكي
وقالت اعتقتني قبل الولادة وقد عتق باعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده واعتبار الولد ليس الا تحكيم
الحال وكذا لو باع شجرا فيه ثمر ثم قال البايع بعت الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع
الثمار قالوا ينظر ان كان الثمار في يد البايع فالقول له وان كانت في يد المشتري فالقول للمشتري كذا

ذكره التمرتاشي والمحبوبي **باب الاختلاف** لما ذكر احكام الاتفاق وهو الاصل شرع في بيان الاختلاف اذ هو العارض **قوله** فالقول لصاحب الثوب اي مع يمينه وبه قال ملك والشافعي في قول وابو ثور وقال احمد وابن ابي ليلى والشافعي في قول القول للخياط والصباغ لانهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول للماذون له كالمضارب اذا قال اذنت في البيع نسا ولانهما اتفقا على ملك الخياط الخيط والصباغ الصبغ والظاهر انه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه وقال بعض اصحاب الشافعي للشافعي قول ثالث وهو انهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن وبعضهم قال الصحيح ان القول لرب الثوب ولنا ان الاذن مستفاد من جهة رب الثوب ولهذا لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فكان القول له فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فكان القول قول من ينفيه بخلاف المضارب لان الاصل في المضاربة العموم في انواع التجارة فالخصوص عارض فكان القول لمن ينكر العارض **قوله** ما مر من قبل اي قبيل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة من دفع الى خياط ثوبا وقد بينا ما فيه اختلاف الايمة الثلاثة ثمة **قوله** وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري يضمنه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة ووجه رواية ابن سماعة ان الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما كما في الغصب حتى لو انصبغ ثوب انسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فصاحب الثوب يضرب في الثمن بقيمة ثوب ابيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ فيه في حكم عين مال قابل للبيع لما كان له من الثمن حصة ولكن الاصح ما ذكره في ظاهر الرواية **قوله** فالقول قول صاحب الثوب وبه قال اصحاب الشافعي **قوله** ان كان الرجل حريفا له وحريف الرجل من يكون بينه وبينه اخذ واعطا ومعاملة وهو معنى قوله اي خليطا له ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر بان اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة يجب الاجر والا فلا وبه قال ملك واحمد قال شيخ الاسلام وصاحب المحيط والفتوى على قول محمد **قوله** والقياس ما قال ابو حنيفة لانه منكر للاجارة والمنافع لا تتقوم الا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع الى اخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الاخر هبة فالقول لمن يدعي القرض لان العين متقوم بنفسه فالاخذ يدعي الابراء عن قيمته فالقول لمنكر الابراء وهو مدعي القرض **قوله** والحاجة الى الاستحقاق اي استحقاق الاجر ونظيره دار في يد رجل نزع اخر انه ملكه فالقول لذي اليد وان كان غيره يدعيها ولا ينزع من يده بلا حجة فلو بيعت دار بجنبها فاراد ان ياخذها بالشفعة لا ياخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة انه ملكه لان ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للاستحقاق والاخذ بالشفعة من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة كذا ههنا في ادب القاضي للصدر الشهيد والله سبحانه اعلم

باب فسخ الاجارة تاخير هذا الباب ظاهر المناسبة لان الفسخ بعد الوجود وهو الصحة **قوله** عيبا يضر بالسكنى العيب بالاضرار لانه اذا كان عيبا لا يضر بالسكنى بان كان في الدار حايطا للجمال لكن لا ينتفع به في سكناها لم يثبت الخيار بلا خلاف من الايمة الاربعة وكذا لو كان المستاجر عبدا للخدمة فسقط شعره او ذهب احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت الخيار كذا في الايضاح اما اذا كان عيبا يضر بالسكنى فله ولاية الفسخ بالاجماع

قوله وانما يوخذ شيئا فشيئا الى اخره دفع شبهة ترد على الاجارة من جانب البيع وهي ان يقال ان عقد الاجارة عقد لازم كالبيع والعيب الحادث في المبيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد فكان ينبغي ان لا يرد في الاجارة بعد القبض ايضا فاجاب عنه وقال ان المعقود عليه المنافع فان العيب الحادث وان كان بعد القبض صورة وهو قبل القبض معنى لما ان المنافع تحدث شيئا فشيئا اليه اشار في شرح الطحاوي فيلزمه جميع البدل وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد وقال في وجه لا يلزمه جميع الاجر ولو فعل ما زال به العيب فلا خيار للمستاجر لان العيب قد زال قبل فسخ العقد **قوله** انفسخت الاجارة وبه قالت الايمة الثلاثة وعن بعض اصحاب احمد والشافعي في الارض التي انقطع ماؤها لم ينفسخ الاجارة كما قاله بعض اصحابنا وحكي بعد ذلك لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكنه الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة او جمع حطب فاشبه ما لو نقص نفعها لكن يجبر المشتري بين الفسخ والامضا فان فسخ فلا اجر عليه كعبد مات بعد العقد قبل استيفا المنفعة وكدار انهدمت ولو اختار الامضا يلزمه جميع الاجر كما في العيب وقلنا المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة الى اخره **قوله** ومن اصحابنا من قال الى اخره وفي الذخيرة اختلف اصحابنا فيه فقال بعضهم ينفسخ بمجرد الانهدام والانقطاع واستدل بما ذكره محمد في كتاب البيوع ولو سقطت الدار فله ان يخرج سوا كان صاحب الدار حاضرا او غايبا فهذه اشارة الى الانفساخ بمجرد الانهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها وقال بعضهم لا ينفسخ ولكن يثبت له حق الفسخ وبه يفتي شمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام واستدل بما روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم ثم بناه الاجر فليس للمستاجر ان يمتنع من القبض ولا للاجر فهذا دليل على ان العقد لم ينفسخ ولكنه ينفسخ وهذا لان المنفعة غير فانية من كل وجه اذ اوصل الموضع مسكن بعد انهدام البنا ويتاتى فيه السكنى بنصب فسطاط وفي انقطاع الما لو فاتت من كل وجه لكنها يحتمل العود فاشبه اباق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ والذي قال ينفسخ بالانهدام ثم يعود بالبنا ومثله جايز كما في الشاة المبيعة اذا ماتت في يد البايع ينفسخ العقد ثم اذا دبغ جلدها يعود العقد بقدرها فكذا وهذا بخلاف السفينة اذا انقضت وصارت الواحا ثم ركبت واعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستاجر لان السفينة بعد النقض اذا اعيدت صارت سفينة اخرى الا يرى ان من غصب الواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار لا تتغير بالبنا عليها قاله محمد ولو نقص ما الرحا ان كان النقصان فاحشا فله حق الفسخ والا فلا لان مدة الاجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبا وتخلو عن نقصان فاحش قال القدوري في شرحه اذا صار يطحن اقل من نصف طحنه فهو فاحش وفي الاصل اذا انقطع ما الرحا لم ينفسخ وثبت الخيار للعاقد فان لم ينفسخ حتى عاد الما لزمه الاجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ ويرفع عنه الاجر بحساب ذلك اي بحساب ما انقطع الما في المدة ولو لم يفسخها ومضت المدة فلا اجر عليه في ذلك **قوله** واذا مات احد المتعاقدين الى قوله انفسخت اي الاجارة وبه قال الثوري والليث وقال الشافعي وملك واحمد وابو ثور والبتي واسحق لا ينفسخ والاجارة بحالها ويقوم وارثهما مقامهما سوا مات احدهما او كلاهما لان المنافع كالاعيان عندهم والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد كما لو زوج امته ومات ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب التي تحدث على ملكه وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة واذا مات المستاجر فلو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافة فلا تتصور الا فيما يتصور ويبقى ليكون ملك المورث في الوقت

الاول لم يخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا تبقى حتى يورث
والتي تحدث بعد موته لم يكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها اذ الملك لا يسبق الوجود واذا ثبت
انتفا الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه ولا
يشكل هذا بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة وفي وسط الطريق حيث لا ينفسخ
الاجارة وللمستاجر ان يركبها الى المكان المسمى وبما اذا استاجر ارضا للزراعة فزرعها فمات في المدة
حيث لا ينتقض الاجارة وينتقض قوله ايضا ينفسخ بموت احد المتعاقدين بموت الموكل فانه ينفسخ
بموته مع انه غير العاقدين والمسائل في الذخيرة وفتاوى قاضي خان لانا نقول في المسئلة الاولى لا
ينفسخ للضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن الاصول حتى قال مشايخنا لو وجد ثمه دابة اخرى
يحمل عليها او الموت في موضع فيه قاض ينقض الاجارة لانه لا ضرورة وكذا في مسئلة المزارعة يبقى
عقد الاجارة استحسانا للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة يعتبر لاثبات عقد الاجارة
ابتداء حتى اذا مضت المدة والزرع بقل يعقد بينهما عقد الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر
فلان يبقى العقد لدفع الضرر اولى والمستحسن من القياس لا يرد نقضا على القياس كذا في المبسوط
والذخيرة واما في مسئلة الموكل فلان المراد بالعاقد من وقع لاجله العقد حتى لو كان عاقدا ولم
يقع العقد له كالوكيل والاب والوصي والمتولي في حق الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق
عليه والمستحق فيكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد كذا في الذخيرة وهذا معنى قوله لانعدام
ما ذكرنا من المعنى **قوله** ويصح شرط الخيار في الاجارة ويعتبر ابتدا المدة من وقت سقوط
الخيار وبه قال احمد وقال الشافعي لا يصح شرط الخيار فيه وله في ثبوت خيار المجلس وجهان ولو كانت
الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة اوجه لا يثبت فيها الخياران وفي وجه يثبت فيها الخياران وفي
وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط كذا في الحلية وفي المبسوط رجل تكارى دارا سنة على انه
فيها بالخيار ثلاثة ايام جاز عندنا وفي احد قولي الشافعي لان شرط الخيار ثبت في البيع بالنص بخلاف
القياس والاجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها وهذا لان شرط الخيار للفسخ ولا بد ان
يتلف شي من المعقود عليه في مدة الخيار وما من الفسخ اذ رد كل المعقود عليه بالفسخ مستحق
بالخيار ولا يقدر المستاجر على رد المعقود عليه على الكمال لو كان الخيار له ولا يقدر الموجر على التسليم
ايضا على الكمال لو كان الخيار له بخلاف البيع ولنا انه اي عقد الاجارة عقد معاملة وهذا احتراز
عن النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ عقد مقابلة اي معاوضة لا
يستحق القبض فيه في المجلس واحترز به عن الصرف والسلم فان قبض البدل في المجلس شرط فيهما فلم
يجز فيهما شرط الخيار واذا لم يستحق القبض فيه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار
فيه كالبيع وهذا لان شرط الخيار انما يثبت في البيع لدفع الغبن بالتروي فيه اذ البيع يقع بغتة فالشرع
اثبت الخيار ثم دفعا لهذه الحاجة والاجارة في هذا كالبيع لانها تقع بغتة وربما يغبن فيها فشرع
الخيار فيها دفعا للغرور ومنعا للزوم كذا في تعليقات البزدوي وهذا معنى قوله والجامع دفع الحاجة
قوله وفوات بعض المعقود عليه بالاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب اي بالاجماع فكذا لا
يمنع الرد بخيار الشرط بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه يمنع الرد بخيار العيب والشرط
وهذا اي الفرق بين البيع والاجارة ان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط رد الكل
فيه اي في البيع دونه اي دون عقد الاجارة لما ان التكليف بحسب الوسع والطاقة وهذا جواب
عن حرف الخصم و**قوله** ولهذا اجبر المستاجر الى اخره نتيجة قولنا اما عند الشافعي لا

يجبر وللمستاجر الفسخ في باقي المدة يعني اذا استاجر دارا سنة حتى مضى شهر ثم تهاكما لم يكن للمستاجر
ان يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه من ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد
فيما بقي بناء على اصله ان المنافع في حكم الاعيان فبفوات بعضها تنا ولها العقد يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة
وتفرقت الصفقة عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيين وهلك احدهما وعندنا
عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنفعة فلا يمكن تفرق الصفقة
مع تفرق العقود **قوله** وقال الشافعي لا ينفسخ بالاعذار الا بالعيب وبه قال مالك واحمد
وابو ثور وعند شريح ينفسخ بعذر وبغير عذر لان الاجارة عنده عقد غير لازم لانه عقد على
المعدوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية والجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم **قوله**
فاشبه البيع فكما ان البيع لا ينفسخ الا بالعيب فكذا الاجارة ولنا ان العذر في الاجارة كالعيب
الحاصل قبل القبض في البيع وهذا لان المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة الا بالاستيفا
والاجارة تنفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد
الا بضرر زائد لم يستحق به اي بالعقد فان عندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة
على المتعاقدين فاذا ال الامر الى الضرر اخذنا فيه باصل القياس وقلنا العقد في حكم المضاف
في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية كذا في
المبسوط **قوله** فاختلعت اي المراة منه اي من الزوج او ماتت المراة ففي هذين الصورتين
تنفسخ الاجارة بالاجماع **قوله** ينفرد دون القضاء اما بدون فسخ احدهما فلا عند عامة
المشايخ فان محمدا لم يذكر في شي من الكتب هذا واشارات الكتب متعارضة ففي بعضها يشير
الى انه ينفسخ بنفس العذر وبه اخذ بعض المشايخ وفي عامتها يشير الى انه يحتاج فيه الى الفسخ
وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح ثم يحتاج الى القضاء ام لا فيه خلاف كما ذكر في المتن **قوله**
انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الائمة الثلاثة **قوله** العذر ظاهرا بان ماتت المراة
او اختلعت فيما اذا استاجره لطبخ طعام الوليمة او مات الولد اذا استاجره ليختنه وقال
المحبوبي هو الصحيح اي التوفيق فيما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما اذا لحق
الموجر دين وهو يدعي انه لا وفاء له الا من ثمن ما اجر لانه يحتمل ان يكون له وفاء من غير المستاجر
فيحتاج فيه الى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء ويظهر العذر وما ذكره محمد في الجامع والاصل
محمول على ما اذا كان العذر واضحا لا اشتباه فيه فلا يحتاج الى القضاء وجعل شمس الائمة ما
ذكر في الزيادات اصح لانه فصل مجتهد فيه فيحتاج فيه الى القضاء ذكره في المبسوط ثم اختلفوا
في فسخ القاضي قبل بيع الدار فيبيعها البيع فيفسخ الاجارة ضمنا وانما لا ينقض الاجارة قصدا
لانه لو نقضها قصدا ربما لا يتفق البيع فيكون النقض ابطالا لحق المستاجر قصدا وانه لا يجوز وقيل
يفسخ الاجارة ثم يبيع وفي الذخيرة لو اظهر المستاجر في الدار الشر كشرب الخمر واكل الربا والزنا
واللواطة يومر بالمعروف وليس للموجر ولا لجيرانه ان يخرجوه من الدار وذلك لا يصير عذرا في
فسخ الاجارة ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفي الجواهر ان راى السلطان ان يخرجه فعل وقال
ابن حبيب المالكي لو اظهر الفسق في دار نفسه ولم يسمع بالامر بالمعروف ويقول داري انا اتي
فيها ما شئت يباع عليه داره **قوله** ثم بدا له اي للمستاجر يقال بدا له في هذا الامر بدا
ممدود اي نشا له فيه راي وهو ذو بدوات **قوله** ولو مرض ولو مرض الموجر اي المكاري
هذه المسئلة في مرض المكاري والاولى في بدائه فكذا الجواب على رواية الاصل لا يمكنه ان يرسل

من تعاهد الدابة وعلى رواية الكرخي عذر لانه اذا مرض بعد خروجه لا باختياره وغيره
لا يشفق على دابته ولا يتعاهدها مثله فيدفع عنه الضرورة اما اذا اراد ان يقعد باختياره
فقد ترك الخروج باختياره فعليه ان يقيم غيره مقامه **قوله** فليس بعذر اي هذا البيع في
فسخ الاجارة اذا لم يمكن عليه بدون الوفا من غيره لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما
العجز عن التصرف قبل المدة يلزمه بالتزامه وانما يعوته الاسترباح بان يتصرف فيه قبل مضي
مضي المدة وسبيح وانه اي الاسترباح امر زايد اذ لو نقضنا الاجارة به لما سلمت اجارة ابدا
ولبطلت حوايج الناس ثم هل يجوز هذا البيع اختلفت الرواية فيه قال شمس الايمة والصحيح من
الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر
الشهيد حتى لو قال سمعي ان يكتب المفتي في جوابه لا يجوز في حق المستاجر ولو جاء ابا يرا الفسخ يعقد
البيع ويفسخ الاجارة اما اذا تعذر الدين وحبس في الدين يجوز كما ذكرنا قال عليه الصلاة والسلام اذا
استقلك بلاء فاجعل مالك دون نفسك **فان قيل** سمي ان لا يحبسه القاضي اذا علم ان
الحق المستاجر متعلق بماله بل يوخر الحبس الى انقضا مدة الاجارة **قلنا** القاضي لا يصدقه في انه
لا مال له الا من المستاجر فيحبسه لهذا كذا في الذخيره وجامع المحبوبي وعند ملك واحمد والشافعي
في قول يصح هذا البيع ويجب التسليم عند انقضا الاجارة وقال الشافعي في قول يصح البيع من المستاجر
دون غيره لان يد المستاجر حايله يمنع التسليم فيمنع صحته **قيل** في جوابه منعت التسليم من المال
لا في الوقت الذي يجب التسليم ويكفي القدرة على التسليم في وقته كالمسلم فيه وعندهم لو يعلم
المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ والامضا لان ذلك عيب ونقص **قوله** وتاويل
المسلة خياط يعمل بان يشتري الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذي
يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن معاملته ويسلم العمل
اليه كذا في الذخيره **قوله** ثم سافر فهو عذر اي قصد السفر لان العجز عن السفر لا ستخدام
العبد يضره ضررا غير مستحق بالعقد لما فيه من تعطيل مصالح السفر وخدمه السفر اشق على
العبد فلا يجبر ان يسافر معه فيكون عذرا وفي الذخيره لو قال الموجر للقاضي انه لا يريد السفر ولكن
يريد فسخ الاجارة وقال المستاجر اريد السفر فيقول القاضي للمستاجر مع من تخرج فان قال مع
فلان وفلان فالقاضي يسلهم ان فلانا فهل يخرج معكم وهل استعد للخروج فان قالوا نعم ثبت العذر
والا فلا وهذا لان الخروج لا بد له من الاستعداد قال تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة
وقيل القاضي يحكم بزيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا اذا نوى والسماحة
عند اشتباه الحال **وقيل** لو انكر المستاجر السفر فالقول له **وقيل** القاضي يحلف المستاجر
بالله انك عزمت على السفر واليه مال القدوري والكرخي وكذا لو خرج من المصر ثم عاد يحلف
بالله انك قد خرجت قاصدا الى الموضع الذي ذكرت ولو اراد رب العبد السفر لا يكون ذلك
عذرا لانه يمكنه ابقا المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي
بين المستاجر وبين العبد **مسايل منثورة** حصد الزرع جزه من باب طلب
وضرب والحصايد جمع حصيد وهو الزرع المحصود واريد ههنا ما بقي من اصول القصب
المحصود في الارض كذا في المغرب لانه غير متعد في هذا التسبيب فانه مسبب لا مباشر والضمان
طريق التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب الا ترى ان من حفر بيرا في ملكه فوقع فيها انسان فهلك
لا يضمن ولو رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا او مالا فهلك يضمن لانه مباشره فلم يتوقف على

التعدي

التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعدم ما التسبيب فليس بعلة فلا بد من
صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصايد هنا مباح وليس بعد فلا يضاف التلف اليه **وقيل**
هذا اذا كانت الرياح هادية حين اوقد النار وقاله شمس الايمة السرخسي وهادية بالنون ساكنة
من هدن اذا سكن وفي نسخة هادية من هدا بالهمزة اي سكن **قوله** انها اي النار لا تستقر في
ارضه ولكن الريح يذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القاها في ارضهم **قوله** فهو جايز
اي استحسانا لانا اذا وجدنا سبيلا الى الحكم بجوازه وهو شركة التقبل لا الاجاره لان تفسير شركة
التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو
متعارف وجب القول بصحته والقياس يابى جوازه لانه ان كان شركة فراس مال صاحب الدكان
المنفعة والمنافع لا تصلح راس مال الشركة وان كان اجارة فاستاجره بنصف ما يخرج من عمله وهو
مجهول وفي الاستحسان هذا شركة الوجوه في الحقيقة فيجوز عندنا خلافا للشافعي والطحاوي اخذ
في هذه المسلة القياس وقال عندي القياس اولى من الاستحسان **قوله** وفي القياس لا يجوز وهو
قول الشافعي واحمد لجهالة المحمل فانه يتفاوت فيفضي الى المنازعة فلا يجوز كما في البيع وجه
الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم لان اجسام الناس متقاربة في الغالب وحكي ذلك
عن ملك والمحمل تابع للراكب وجهالته يرتفع بالصرف الى المعتاد فلا يفضي الى المنازعه **قوله** اذا
لم ير الوطا والدثار الوطا الفرش المفروشه وبالفارسية بستر كسترده والدثار كل ما كان من الثياب
فوق الشعار وبالفارسية جامه بزبرجامه والشعار جامه ابدرونى وفي المحيط استاجر بعيرين الى
مكة ليحمل على احدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطا والدثر ولم ير الجمال الوطا والدثر وعلى الاخر
زاملة عليه كذا مختوما من السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الما ولم يسم قدره وما
يصلح من الخل والمعاليق من القربة والمطهرة ولم يسم وزنه او شرط ان يحمل من هدايا
مكة ما يحمل الناس فهذا جايز استحسانا للتعارف وله ان يحمل ما هو متعارف وحكي مثله عن ملك
وقال الشافعي واحمد لا بد من معرفة المحمل والوطا والدثر والمعاليق وتقدير الزاملة لما ذكرنا انه
مجهول جهالة تفضي الى المنازعة وهو القياس واختلف اصحاب الشافعي في المعاليق كالقدر ونحوه
فقيل لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا وقيل فيه قولان احدهما يفتقر الى المعرفة والثاني لا يفتقر ويحمل
على العرف فيها **قوله** جاز ان يرد عوض ما اكل وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول
يعتبر العرف ان جرى بالاستبدال يستبدل والا فلا وبه قال ملك وهذا الخلاف اذا اطلق
اما اذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف
ولو سرق او هلك بغير اكل او باكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف **قوله** ورد الزاد معتاد
عند البعض جوابا اشكال مقدر وهو ان يقال مطلق العقد محمول على العادة وفي عادة المسافرين
لا يردون سيما مكان ما اكلوا فقال في جوابه العرف مشترك فانه معتاد عند بعض الناس فكان
العمل بالاطلاق اولى وهو ان المكاري قبل حمل المسمى من موضع الى موضع وانما يكون ذلك برد
ما انتقص والاشكال مع جوابه مذكور في شرح الاقطع وفي المحيط اشترط عقبة الاجير وهو
ان يستاجرها اثنان ينزل احدهما ويركب الاخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه
قالت الايمة الثلاثة وقال المزني لا يجوز اكترا العقبة الا مضمونة في الذمة وهو ان يبين مقدار
ركوب كل واحد بالزمان او الفرسخ والحاصل ان اكترا الظهر مبني على العرف اذ المعروف كالمشروط

كتاب المكاتب

اورد الكتابة بعد

الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج
فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا احترز عن البيع والطلاق والعتاق
وقدم الاجارة لانه اشبه بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبده ثم
من محاسنه ان العبد به يصل الى شرف الحرية في الدنيا ويكتسب اسباب السعادة العقباوية
والمولى يصل الى المال مع الثواب ومن محاسنه ايضا الاستنان بسنة الله فان الخلق كلهم
عبيد الله تعالى واماؤه ولكن اعطاهم من حرية اليد والملك الظاهر بقدر ما يسعون في
فكاك رقبتهم وبدل كتابتهم الوفا بعهوده بائتمار اوامره والانزجار عن نواهيه فمن وفى بعهوده
خلص من عقابه **ثم الكتابة** لغة ماخوذ من الكتب وهو الجمع والضم يقال كتبت
البغلة اذا ضممت بين شفريها بحلقة والشفران طرفا الفرج او القربة اذا خرزتها ومنه كتب الكتاب
اي جمع الحروف والكتيبة الطائفة من الجيش لانضمام بعضهم الى بعض ويسمى هذا العقد كتابة
لما فيه ضم النجم الى النجم او لانه يوثق بالكتابة ولهذا قال تعالى فاكتبوه وشرعا عقد بلفظ الكتابة
او بلفظ يودي معناه يوجب التحرير يدا في الحال ورقبة في المال ولا يلزم عليه تعليق العتق
على مال لانه لا يحتاج فيه بلفظ الكتابة بل يحصل بقوله اعتقتك على كذا والفرق بينهما في الحكم ان
الكتابة عقد يقال ويفسخ ولا يملك بيع المكاتب والاعتاق على مال من جانب المولى يمين والمكاتب
يملك كتابة عبده ولا يملك الاعتاق على مال ذكره في المبسوط وسبب الكتابة الرغبة الباعثة
للمولى والعبد على مقصودهما الذي ذكرناه في محاسنها **وركنها** الايجاب والقبول وشرطها
قيام الرق في المحل وكون المال المسمى معلوم القدر والجنس ايضا وحكمها ثبوت حرية اليد للعبد
في الحال وثبوت حرية الرقبة عند اداء البدل ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة ببدلها في
الحال وثبوت الملك فيه اذا قبضه قوله **اعلم** اما الجواز ان الكتابة جائزة لقوله
تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وقوله عليه الصلاة
والسلام من اعان غارما او غازيا او مكاتبا في كتابته اظله الله يوم لا ظل الا ظله ولقوله عليه
الصلاة والسلام ايما عبد كوتب والاحاديث في الباب كثيرة واجمعت الامة على جوازه وبقوله
باجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب
المغرب من اصحاب الشافعي رواية عن احمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سال العبد ان كان
العبد ذا امانة وذا كسب لان الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية قلنا الوجوب يبطل اثر
الملك واحكام المماليك على المالكين وهذا خلاف الاصول وفيه نوع تامل وشنع ابن حزم على
الفقهاء في هذه المسئلة وهذا من غاية تعصبه وقال ان عمر جبر انسا على كتابة سيرين وقلنا فعل
انس خالف قول عمر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا انه قال امر
اباحة وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم
فيه خيرا لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون هذا الشرط وكلام الله تعالى منزه عن هذا
اما الندبية متعلقة به اي بعلم الخير لان المولى انما يندب ان يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في
المبسوط قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل الى اخره وفسر الشافعي الخيرية بالامانة والكسب
وبه قال مالك وعمرو بن دينار واحمد وهو قولنا ايضا وعن ابن عباس وابن عمر وعطاء الخير الكسب خاصة
وعن الثوري والحسن البصري انه الامانة والدين خاصة وقيل الخير الوفاء بالامانة والصلاح ولو فقد
الامانة والكسب لا تكره الكتابة عندنا والشافعي ومالك وقال احمد واسحق وابو الحسين بن القطان من

اصحاب الشافعي يكره ويشترط قبول العبد البدل بلا خلاف ولا يعتق الا باداء كل البدل وبه قالت
الائمة الثلاثة وفيه اي في وقت عتق العبد اختلاف الصحابة فقال ابن عباس كما اخذ الصحيفة من مولاه
عتق يعني يعتق بنفس العقد وهو غريم المولى وقال ابن مسعود اذا ادى قدر قيمة نفسه يعتق وفيما
زاد يكون المولى غريما من غرمائه وقال علي يعتق بقدر ما ادى وبه قال اصحاب الظاهر وقال زيد
ابن ثابت مثل قولنا واخترنا قوله لانه موافق لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم رواه ابو داود وبالمعنى فان احد البدلين لم يدخل في ملك المالك فلا
يخرج البدل الاخر عن ملكه ولان بالكتابة يثبت للعبد ملك اليد فاما العتق فمعلق بشرط
الاداء والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزافما لم يوجد جميع البدل لم يعتق كذا في المبسوط
قوله ويعتق بادائه اي باداء البدل وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وبه قال
مالك واحمد وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا ان اديته فانت حر وفي شرح الوجيز
ولو لم يصرح بتعليق العتق بالاداء ولكن نواه بقلبه كاتبتك على كذا صحت الكتابة وان لم يصرح
بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة وعن بعض اصحابه ان كان الرجل فقيها صحت كتابته
بمجرد لفظ كاتبتك على كذا والا فلا بد من تعليق الحرية او نيته واصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة
شرعا فعنده ضم نجم الى نجم فلو صرح وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لا يعتق
وكذا اذا قال كاتبتك ولم يقل ان اديت فانت حر لا يعتق فكذا هنا وعندنا تفسيرها ضم حرية
البدل الى حرية الرقبة عند الاداء فلا يحتاج الى تعليق العتق بالاداء لان العتق عند الاداء حكم العقد
وحكم العقد يثبت بدون التصريح به كما في البيع كذا في مبسوط شيخ الاسلام قوله ولا يجب
حط شيء من البدل بل هو مندوب وبه قال مالك والثوري وقال الشافعي واصحاب الظاهر
واحمد يجب وفي وقت وجوبه وجهان احدهما بعد العتق والثاني بعد اداء اكثر البدل وقدره
قد نص الشافعي انه يجزي ما يقع عليه اسم المال للشافعي قوله تعالى واتوهم من مال الله الذي
اتاكم ومطلق الامر للوجوب وعن علي مرفوعا وموقوفا انه عليه الصلاة والسلام قرا هذه الاية
وقال هو ربع بدل الكتابة واختلف اقوال الصحابة في قدر المحطوط فاخذ بالاقل لانه متيقن
وعند احمد يحط قدر ربع البدل ما اثر علي ولنا ان هذا عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه كما في
سائر المعاوضات وهذا لان الكتابة توجب للبدل فلا يجوز ان يكون موجبا اسقاطه اذ الشيء
لا يتضمن ضده والامر في قوله واتوهم للندب لانه معطوف على الامر بالكتابة لان الاصل
ان يكون حكم المعطوف حكم المعطوف عليه كذا في المبسوط ورد عليه بان هذه جملة تامة فلا
توجب المشاركة كما في قوله تعالى واقيموا الصلاة واتوا الزكاة واجيب ليس هذا مثل تلك الجملة لان
الثانية مرتبطة بالاولى برجوع الضمير اليها فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف وفيه
نوع تامل وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة وهو الظاهر
لان الايتاء يدل على التمليك وذا في التصدق عليهم لان الحط لا يكون ايتاء ولا يطلق عليه اسم الايتاء
وقال ابن حزم في المحلى الشافعي يناقض يحمل قوله تعالى وكاتبوهم الاية على الندب وقوله تعالى واتوهم
على الوجوب وهذا تحكم وابو حنيفة ومالك قالا كلاهما للندب واتوهم الاية امر للسيد وغيره
بالايتاء وهو باطل لانه معطوف على قوله فكاتبوهم فيكون المامورون بالكتابة هم المامورون بالايتاء قلنا
قوله ثم مامورون بالايتاء من مال الصدقة لا بالحط من البدل كما روي عن جماعة من الصحابة
وقال الشافعي لا يجوز حالا فلا بد ان يكون منجما واقله نجمان اتباعا للسلف فانهم لم يعقدوا الكتابة الا على

عوض موجل وبه قال احمد في ظاهر روايته ولانه على تقدير الحلول توجه المطالبة في الحال وهو
لا يقدر على ادايه لانه كان مملوكا لا يقدر على شي وفي زمان يسير لا تحدث القدرة عادة على الكسب
على مال كثير والعجز الطاري يبطل الكتابة فلان يمنع انعقادها اولى بخلاف السلم اي الحال على اصله
اي اصل الشافعي حيث جوزه لانه عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ما التزمه لكونه
اهلا للملك قبل العقد وقد قام دليل القدرة وهو الاقدام على العقد ولنا ظاهر ما تلونا وهو
قوله تعالى فكاتبوهم من غير قيد التاجيل والتنجيم فلا يزاد على النص بالراي ويقولنا قال مالك ذكره في
الجواهر قال ابو بكر ظاهر قول مالك ان التنجيم والتاجيل شرط فيه ثم قال علماونا المتاخرون يقولون
ان الكتابة الحالة جايزة ويسمونها قطاعة وهو القياس ولانه اي عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل
معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن في البيع ليس بشرط
بالاجماع فكذا القدرة على تسليم بدل الكتابة لا يشترط بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه
والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الانسان فشرطنا
الاجل في السلم لتثبت القدرة على التسليم في المدة لان مبناه اي مبنى السلم على المضايقة والمماكسة فالظاهر
انه لا يوخر عند توجه المطالبة نحوه **فان قيل** الخصم استدل بالقياس ايضا فكانا متعارضين فاين
ثبت رجحان دليلكم **قلنا** رجحان دليلنا ظاهر لان ما استدل للنائبه دائر بين شرط الجواز وعدمه وما
استدل به الخصم من علامة الوجود وعدمه والشرط اكثر تاثيرا في الحكم من العلامة يعني قول الخصم ان
الظاهر من حال العبد انه مفلس لانه لم يكن مالكا لشي قبل العقد فقد التزم الاداء بالعقد يجب ان
ان يكون قادرا على الاداء حتى يتحقق ما هو المقصود للمولى في هذا العقد بخلاف المسلم اليه فانه حر
فبالتزامه نعلم انه قادر على تسليم المسلم اليه وقلنا عدم قدرة العبد ممتدا الى مقدار نجمين ليس بامر
لازم لان الجايز ان يرزق العبد بعد العقد مالا بطريق الهبة او الزكاة او الوصية او ما لتجارة او جرى
عقد الكتابة على المملحة على قدر من الملح فيمكن تسليم الملح عقيب العقد وما قال بعض اصحاب الشافعي
ان الملك بالهبة او الوصية او التجارة يحتاج الى القبول وذلك يتاخر عن العقد ولذا لا يملك الملح
بدون الاخذ فيتاخر عن العقد غير قوي لان الاداء بعد العقد والقدرة شرط للاداء ولئن سلم افلاكه
فالافلاس واقع في المعقود به وذلك غير مضر لصحة العقد كما في البيع اما السلم فيجب ان يكون موجلا
لان الاجل هناك قام مقام المسلم فيه وهو المعقود عليه وملك المعقود عليه شرط لصحة العقد
كما في البيع فما كان قايما مقامه وهو الاجل ينبغي ان يكون شرطا لان ما هو شرط لصحة الشي فالذي
يقوم مقامه عند عدمه شرط ايضا كالتيمم للصلاة عند عدم الماء والوضوء كذا في المبسوط يؤيده ما
روى عن ابن عباس انه قال حدثني سلمان ان رجلا من بني قريظة ابتاعني فاسلمت وشغلني الرق حتى فاتني
بدر ثم قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم كاتب فسالت صاحبي ذلك حتى كاتبني على ان احيي له ثلثماية
نخلة باربعين اوقية من ذهب فاخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا اردت ان تضعها فلا تضعها
حتى تاتيني فتوذنني فاكون انا الذي وضعها فاعانني اصحابي حتى جئت ثم جئت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ملك بعض الذهب فبينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه رجل بمثل البيضة من الذهب اصابها من بعض
المعادن فقال عليه الصلاة والسلام ما فعل الفارسي المكاتب المسكين ادعوه فدعيت فجئت فقال عليه
الصلاة والسلام اذهب بهذه فادها مما عليك من المال فوالذي نفسي بيده لقد وزنت منها اربعين اوقية
حتى اوفيته الذي علي قال فاعتق سلمان وشهد الخندق وبقيت مشاهد رسول الله عليه الصلاة والسلام
قال ابن حزم لا نظير مع صحة الخبر **فان قيل** عتق سلمان باعتبار ان سيده كافر اعتق بذلك **قلنا**

عتق العبد المسلم بكفر سيده عرف من عبيد اهل الطايف والطايف بعد الخندق وكذا قوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا بعد الخندق بقليل من المحلى **قوله** والشافعي بخلافنا فيه
حتى لم يجوز كتابة العبد الصغير المميز باذن وليه او بغير اذن وليه وكتابة السيد اذن له على القبول وكذا
على ما لا يجوز باذن وليه في القبول خلافا للشافعي اما الصغير غير المميز والمجنون لا يجوز كتابته بالاجماع **قوله**
حتى لو ادى عنه اي عن الصغير غير المميز وقبل مولاه لم يعتق لان اداء البدل انما يتصور في عقد منعقد
لا في عقد باطل ويرد المال على صاحبه لانه اداه باعتبار سبب باطل **قوله** لانه اي
المولى اتى بتفسير الكتابة وفي الكافي صح استحسانا والقياس ان لا يصح لان ذكر النجوم فصل في الكتابة
عندنا فيجعل وجود ذكرها كعدمها فبقي قوله قد جعلت عليك الف درهم وهو ظاهره ضريبة
وقوله ان اديت فانت حر هو تعليق وجه الاستحسان ان العبرة في العقود للمعاني الا ترى ان المضاربة
بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرطه الضمان اقراض وقد وجد معنى الكتابة هنا لان معنى
الكتابة هنا سنة وعادة هذا عند الاطلاق يصح فعند التفسير اولى ولا بد من ذكر قوله فان اديت
فانت حر هنا بخلاف قوله كاتبتك فان الاجمال يتقدم ههنا اذ موجب الكتابة عتق العتق عند الاداء
صرح بقوله ان اديت فانت حر ولم يصرح واما قوله ان عجزت فانت رقيق فضل غير محتاج اليه لا
هنا ولا في قوله كاتبتك وانما ذكره للتفسير وحث العبد على اداء المال عند النجوم كذا في الجامع الصغير
لشمس الايمة السرخسي **قوله** لان التنجيم يدل على الوجوب اذ التنجيم يستعمل للتيسير وذا انما
يكون عند الوجوب لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة فعرف ان المولى قصد بالتنجيم ايجاب
المال بطريق الكتابة كذا ذكر شيخ الاسلام **قوله** وفي نسخ ابي حفص اي روايته لا يكون مكاتبة
قال فخر الاسلام في مبسوطه وهو الاصح لان التنجيم ليس من خصايص الكتابة حتى يجعل تفسيرا للكتابة لان
الكتابة تخلو من التنجيم فيكون ادنا لا كتابة كما لو قال اذا اديت الفا في هذا الشهر فانت حر **قوله**
ولم يخرج عن ملكه بخروجه عن قول ابن عباس بان عتق بمجرد العقد كما ذكرنا **قوله** والخروج الى
السفر وان نهاه المولى وبه قال احمد والشافعي في قول وقال في قول لا يخرج الى السفر بغير اذن السيد
وهو قول مالك وفصل بعض اصحاب الشافعي فقال ان كان السفر طويلا لا يخرج بغير اذن السيد لتضرر
السيد به وان كان قصيرا يخرج وقلنا مقصود المولى من اثبات المالكية له بالعقد ان يتمكن من اداء
البدل وربما لا يتمكن من الاداء الا بالخروج للسفر **قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم وذلك اي المساواة على تاويل التساوي **قوله** ويثبت له في الذمة حق من
وجه يعني اصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته
في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلته مالكية
ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض تم المالكية للعبد وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة
اتمام المالكية فان اعتقه اي قبل اداء البدل عتق لانه مالك لرقبته **قوله** لزمه العقر وبه قال
الشافعي وقال مالك لا عقر عليه وقال احمد ان حبس على المكاتبة ان يطاها لا عقر عليه والا يجب ويؤدب
لا وطي حرام وعن الحسن البصري انه قال يجب الحد لا وطي في غير ملكه وعندنا والشافعي اذا شرط وطيها تفسد
الكتابة وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد وعند احمد يصح العقد لانه شرط منفعتها مع بقاء ملكها
فصار كما شرط خدمتها شهرا وقلنا هو شرط على خلاف مقتضى العقد اذ مقتضى العقد ان يكون اخص بمكاسبها
واجزايها لتوسل الى المقصود بالعقد وهو العتق باداء البدل ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء فيكون شرطا
على خلاف مقتضاه فيكون مفسدا لان فيه نفع لاحد العاقدين **قوله** بناء عليه اي على الوصول

الى البدل و **قوله** لما بينا اشاره الى قوله لانها صارت اخص باجزائها اذ لو لم يجعل كذلك لا يملكها المولى على تاويل انه ملكه فلا يحصل مقصود العقد

فصل الكتابة الفاسدة

قوله ٥ فالكتابه فاسده ولا اعلم فيه خلاف للائمة الثلاثة وفي المبسوط وجب عليه قيمته اي قيمه نفسه **قوله** فلان القيمة مجهوله اي جنسا وقدرا لانها تارة يكون من الدراهم وتارة من الدنانير ويختلف مقدارها لاختلاف المقومين ووصفا ايضا باعتبار صفة الدراهم **قوله** كما اذا كاتت على ثوب او دابة حيث تفسد الكتابة والاصل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الكتابة لانها مبادلة مال بما ليس بمال اذ البدل في الحال مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فصار كالنكاح **فان قيل** لو كاتبه على عبد يصح وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد ووجب عليه قيمة عبد وسط حتى لو اتى بالعبد الوسط او قيمته جبر المولى على القبول وان كانت القيمة تجب بهذه التسميه فينبغي ان يجوز اذا صرح بالقيمة **قلنا** بتسميه العبد تجب القيمه ضمنا وحكما لا قصدا لانه نص على تسميه العبد وقد يثبت الشي ضمنا وحكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنة ونحوها ولانه يصار الى القيمه لعدم تعيين العبد وهو ليس من ذوات الامثال فيكون جهالة القدر طاريه لا مقارنه كذا في المبسوط وفيه **فان قيل** هلا حملت قوله كاتبتك على ثوب كنايه عن قوله ان اديت الي ثوبا فانت حر فان في هذه الصوره يعتق باداء الثوب كان قلنا لا يمكن ذلك لان الكتابه متى صحت كان حكمه تعليق العتق بثوب معين لا بثوب مجهول الجنس فلا يمكننا ان يجعل كنايه عنه وفي الذخيره قوله فان ادى الخمر عتق وفي المبسوط قبل المرافعة الى القاضي وقد كان قال له اذا اديته ولم يقل يعتق لان العقد منعقد مع فساده فيعتق بالاداء وعليه قيمه نفسه لان العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده لعتقه فيلزمه قيمته كما في الشرا الفاسد اذا اعتق المشتري المبيع بعد القبض **قوله** لان البدل هو القيمة اي في الكتابه الفاسدة وفي الكافي ذكر في الهدايه الا باداء قيمة الخمر وهو مشكل لا يخالف لعامة الروايات وكانه وقع في بعض نسخ الهدايه كذلك والا النسخه الصحيحه لا يعتق الا باداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ **قوله** وعن ابي يوسف الى اخره وهذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثه ذكره في المبسوط والذخيره فعلى هذا ينبغي ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن **قوله** وصار كما اذا كاتت على ميتة او دم حيث لا يعتق باداهما الا اذا قال المولى اذا اديت الميتة والدم فانت حر اما اذا لم يقل فلا يعتق باداء الميتة او الدم لان العقد لم ينعقد اصلا فيعتبر فيه التعليق ولا فصل في ظاهر الرواية يعني يعتق باداء الخمر سواء كان قال في العقد ان اديت الخمر فانت حر او لم يقل ذلك **قوله** كيلا يبطل حقه اي حق العبد في العتق **فان قيل** هذا الابطال اذا لم يعتق باداء عين الخمر اما اذا عتق فلا يلزم هذا **قلنا** يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن ابي حنيفه فيما اذا كاتبه على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى بتلك الروايه يبطل حقه في العتق ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق تعليل لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يمكن ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان يبطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة اضر عليه من العتق وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل في وقت عزة الطعام فاولى ان لا يرضى عند ايجاب الزيادة على المسمى والاولى في التعليل ان يقال لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسد واقدم عليه باختياره ورضاه كان ملتزما نفسه بالغا ما بلغت اد

او قيمه نفسه فلا تزيد على المسمى لانه هو البدل اي القيمه على تاويل المذكور او ذكره بتذكير الخبر وفي الذخيره ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين ثم لو اختلف المقومون فان اتفق الاثنان منهم على شي يجعل ذلك قيمه له ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين **و قوله** واثر الجهالة في الفساد جواب اشكال وهو ان يقال لان القيمه مجهوله كجهالة الثوب كما يجي **قوله** بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب وكذا لو كاتبه على دابة لا يجوز ايضا ولا يعتق باداء ثوب او دابه **فان قيل** المسمى ثوب وهذا الاسم حقيقته لما ادى فينبغي ان يعتق باداءه وان لم يكن هو البدل حكما كما لو كاتبه على خمر فادى الخمر **قلنا** نعم المسمى ثوب ولكن الثياب متفاوته تفاوتا فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى لانه لو تعين لم يرجع المولى عليه بشي اخر لانه مال متقوم وقد سلم وفي هذا اضرار عليه فلدفع الضرر عنه لم يتعين ولان هذا بمنزلة اسم المشترك وفي المشترك لا يتعين شي بمطلق الاسم ولا عموم له ايضا فلهذا لا يعتق باداءه كذا في المبسوط ولانه انما يعتق بتسليم ما يصلح بدلا والقيمة تصلح بدلا في العقد الفاسد اما الثوب فلا يصلح بدلا بحال لا في الفاسد ولا في الصحيح **فان قيل** الكتابة على القيمة كالكتابة على الثوب في الجهالة فان القيمه مجهوله قدرا وجنسا كما ذكرا ولا واذا ادى القيمة يعتق فينبغي ان يعتق باداء الثوب **قلنا** ذكر الفرق في الذخيره حيث قال ان في الكتابه شيئين معاوضة وتعليق عتق باداء العوض اما معاوضة فلوجود العوض من الجانبين واما تعليق عتق بالاداء فان التعليق تعليق العتق بشرط في المستقبل وفي الكتابة ذلك فقلنا القيمه تصلح عوضا لانها معلومة الجنس وتصير معلومة القدر ايضا عند الاداء فاذا صلح عوضا وهو ملفوظ به تعلق العتق باداءه اما الثوب لا يصلح بدلا في المعاوضات لانها مجهولة الجنس والقدر فلا يتعلق العتق باداءه لان عتق المكاتب تعلق باداء العوض فلهذا لا يعتق باداءه ثم الكتابه على قيمته جايزه عندنا ومالك وعند الشافعي واحمد لا يجوز **قوله** ومراده شي يتعين بالتعيين كالعبد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون لا يجوز الكتابه عندنا والشافعي واحمد وقال مالك يجوز ويشتريه ويوديه وان لم يبعه الغير يؤدي قيمته ويجوز عندنا اذا كان مالا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير وعند الشافعي واحمد لا يجوز فيه لتعين الدراهم والدنانير عندهما فصار كعين يتعين بالتعيين وعند ابي حنيفة يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وقال اشهب المالكي اذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز **قوله** فاشبه الصداق فانه اذا امهر عند الغير يصح التسميه فكذا ههنا صح التسميه فاذا قدر على تسليمه جاز واذا عجز رد الى الرق **قوله** قلنا العين في المعاوضة وفي بعض النسخ في المعاوضات والمراد من العين هذا بدل الكتابة ولا يقال البدل في الكتابة كالثمن في البيع فينبغي ان لا يشترط القدرة على بدل الكتابة شبهه بالثمن لما ان التصرف فيه بالاستبدال جايز قبل القبض وشبهه بالمبيع من وجه اخر وهو ان العجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ كما في المبيع ثم لو كان ذلك عينا صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقايضه فصار للبدل حكم المبيع من وجه حتى يشترط القدره على تسليمه واذا كان غير عين لا يشترط القدره عملا بالشبهين **قوله** على ما هو المقصود بالنكاح وهو منافع البضع حتى لو تزوج رضيعة يصح فعلى ما هو تابع وهو الصداق في النكاح اولى ان لا يشترط القدرة عليه فعن محمد انه يجوز البيع عند الاجازة يعني اذا اشترى شيا بمال الغير فاجازه الغير يجوز مع انه مبني على المضايقه فالكتابة وهي مبنيه على المسامحه اولى **قوله** على ما قال في الكتاب

وهو قوله وكذلك ان كاتبه على شى بعينه لغيره لا يجوز والجامع اى المعنى الجامع بين المقيس عليه
وهو الكتابة على العين الذى لم يلحقه الاجارة وبين المقيس وهو الكتابة على عين الغير الذى لحقه
الاجارة انه اى عقد الكتابة لا يفيد ملك المكاتب اى فى الحال لانه اى ملك المكاسب وفى بعض
النسخ لانها اى المكاسب ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا اى لا حاجة الى الاداء منه اذا
كان البدل عينا معينا للغير لان العقد لم ينعقد اذا كان البدل عينا للغير فلم يحتج الى الادا
منه لان الاحتياج اليه عند صحة العقد وفى جامع ابى اليسر الكتابة على شى بعينه لغيره فاسد
لانه لا يفيد ما هو المقصود بالعقد لان مقصوده صيرورة العبد احق بمكاسبه فلا ينعقد العقد
اذ كل عقد لا يفيد مقصوده لا ينعقد **قوله** والمسئلة فيما اى هذه المسئلة التى كلامنا فيها
مصورة فيما اذا كان البدل عينا معينا للغير وقيدنا بقوله معينا بعد قوله عينا احترازا
عن الدراهم والدنانير المعينة فانها وان عينت لا تتعين عندنا **قوله** وهكذا عن ابى يوسف
رواه الحسن بن ملك عن ابى يوسف وهو قول زفر ذكره فى اختلاف زفر ويعقوب وروى
اصحاب الاملاء عنه انه يعتق بالادا اما له المولى ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد الى اخره وجه
قول ابى حنيفة ان ملك الغير لا يصير بدلا فى هذا العقد بتسميته لانه غير مقدور التسليم له
فلم ينعقد العقد اصلا وانما يكون العتق باعتبار المعلق بالشرط فاذا لم يصرح بالتعليق لا
يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة **قوله** على عين فى يد المكاتب بان كان مأذونا فى التجارة
ففيه روايتان والمراد عين معين سوى الدراهم والدنانير فانه لو كاتبه على دراهم او دنانير فى
يد العبد من كسبه تجوز الكتابة باتفاق الروايات ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه وفى الذخيرة
فيه روايتان فى رواية كتاب الشرب من الاصل يجوز وفى رواية كتاب المكاتب فى الاصل لا يجوز
وهى مسئلة الكتابة على الاعيان وهى ما ذكر قبيل بقوله وان كاتبه على شى بعينه لغيره لم يجز وعن
ابى حنيفة رواه الحسن يجوز وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى وانما احاله ولم يورده
لانه يصير مطولا لا غاية التطويل والوجهان مذكوران فى الذخيرة سماهما فقال وجه رواية عدم
الجواز انا متى جوزنا الكتابة على لا يخلو اما ان يجعل العبد احق بهذا العين او لا فان لم يجعل لم يجز
الكتابة لبقاء العين فى ملك المولى رقبة ويدا فلم يستفد المولى بهذا العقد شيا لا ملك التصرف ولا
ملك الرقبة فصار كما لو اشترى من مأذونه شيا ولا دين عليه فلا يجوز فكذا هذا ولو جعلنا العبد
احق به لا يجوز ايضا لانه لا يتحقق معنى الكتابة لان تفسير الكتابة شرعا ايجاب الحريتين على سبيل
التعاقب حرية الرقبة مرتبا على حرية اليد ولو جوزنا هذه الكتابة تثبت الحريتان لا على سبيل التعاقب
فيكون اعتاقا على مال ولا يكون كتابة بخلاف ما لو كاتبه على الدراهم والدنانير فانا لو جعلنا العبد
احق بها معنى الكتابة لان العقد لا يتعلق بعينها بل بمثلها فى الذمة لما ذكرنا انها لا تتعين فى المعاوضات وما
يثبت فى ذمته يملكه المولى على الحقيقة بالقبض لتوقف الملك فى الدين على القبض فيتحقق معنى الكتابة ووجه
الجواز انه كاتبه على بدل معلوم مقدور التسليم فيجوز كما يجوز لو كان فى يده دراهم او دنانير وصير
العبد احق بها بعقد الكتابة فايدته واما قوله ان الكتابة على العين لا يجوز لانه تثبت الحريتان معا فيكون
اعتاقا على مال لا كتابة فقلنا انما صار هكذا ان لو جعلنا بدل الكتابة رقبة العوض ونحن لا نجعل كذلك
بل نجعل بدلها ملك التصرف فى العوض وملك التصرف يصلح عوضا الا ترى ان رب المال لو اشترى
من مال المضاربة من المضارب ولا ربح يصح الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف فكذا ههنا
تصحيحا للعقد بقدر الامكان فعلى هذا التقدير يثبت للمولى ملك التصرف بعد العتق ويثبت للمكاتب

حرية اليد بنفس العقد وحرية الرقبة بعد ما يثبت ملك الرقبة للمولى بالقبض فيثبت الحريتان على
التعاقب **قوله** على عبد بغير عينه قيد به اذ لو كان العبد معينا يجوز بالاتفاق ولجواز بيع المعين
بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره فى المختلف وعند الايمة الثلاثة لا يجوز فى المعين وغيره لانه شرط
فاسد او صفقة فى صفقة **قوله** وهو الاصل اى ان كل ما يصلح بدلا فى المعاوضات
يصح استثناؤه والعبد يصلح بدل الكتابة فيجب ان يصح استثناؤه من بدل الكتابة وهما يسلمان هذا
هذا الاصل ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورد فساد العقد وههنا الاستثناء
لا يصح لان استثناء العبد من الدنانير لا يصح لاختلاف الجنس واستثناء العبد من الدنانير انما يصح بحسب
قيمته لا بحسب نفس العبد وقيمة العبد لا تصح بدل الكتابة بل به تفسد الكتابة على ما مر فكذا لا
يصح استثناؤه والفرق ظاهر بين العبد وقيمته فان الكتابة على العبد يصح وينصرف الى الوسط
كما فى النكاح والكتابة على قيمته فاسدة كما لو سمى فى النكاح قيمة العبد لا يصح التسمية ويصار
الى مهر المثل لان الجهالة فى العبد جهالة فى الوصف لا فى القدر بخلاف الجهالة فى القيمة لانها
متفاحشة من حيث القدر والجنس والوصف فيفسد بها العقد **قوله** ومعناه ان بين الجنس
كالعبد والفرس ولا يبين النوع كالتركى والهندى والصفة بانه جيد او ردى وينصرف الى الوسط
فيجوز العقد به وبقولنا قال مالك **قوله** وقال الشافعى لا يجوز وبه قال احمد لانه
مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بان كاتبه على دابة او دار او ثوب وصار كالبيع والجامع انها لا
تصح الا بتسمية البدل وكانت معاوضة كالبيع ولنا ما روى عن ابن عمر انه اجاز الكتابة على الوصفاء
ولان مبنى الكتابة على المسامحة والمساهلة فلا يفسد بالجهالة اليسيرة فى البدل كالجهالة فى الاجل
فانه لو كاتبه على الف الى العطاء او الى الحصاد او الى الدياس ونحو ذلك يجوز استحسانا لا قياسا
بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه وعقد الكتابة
فى الابتداء معاوضة مال بغير مال لان البدل فى الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال وفى الانتهاء
وان كانت معاوضة مال بمال لانه فى الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذ العبد
لا يملك مالكيه نفسه فشابه النكاح ومثل هذه الجهالة لا يمنع صحة التسمية فى النكاح فكذلك فى الكتابة
كذا فى المبسوط والحاصل ان جهالة البدل اذا كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية فى العقود كلها
سواء كانت مبادلة مال بمال او مال بغير مال واذا كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية فى معاوضة
مال بمال لا فى معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والكتابة واشباهها وانما جعل العبد ههنا
جنسا واحدا وفى الوكالة اجناسا مختلفة لان العبد فى انواعه بسبب فحش التفاوت بمنزلة اجناس
مختلفة ولكن فى ماهية اسم العبد وفى حق ما يطلب منه من المنفعة واحد ثم فى معاوضة المال
بالمال يجرى المضايقة والمماكسة فيجعل كالاجناس لكون العمل باحوط الامرين وفى معاوضة مال
بما ليس بمال يجرى المسامحة والمساهلة الحق بالجنس عملا بما هو موضوعه من المساهلة **قوله**
وينصرف الى الوسط كما فى الزكاة والدية والوصية والنكاح لما ان الوسط بين الجيد والردى
فيكون نظرا للجانبين ثم الوسط عند ابى حنيفة فى العبد الذى قيمته اربعون درهما وعندهما
على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر فى قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد
عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب **قوله** وايهما اسلم اى من المولى
والعبد فللمولى قيمة الخمر وعند الشافعى يفسد الكتابة وبه قال مالك واحمد ومحمد فى رواية عنه لانه
يمكنه تسليم البدل فصار كانه عجز نفسه فان وجد بعد ذلك القبض لم يعتق لانه لا اثر للكتابة الفاسدة

بعد الفسخ والابطال وصار كما لو اشترى ذمي من ذمي عبدا بخمر ثم اسلم احدهما قبل القبض يفسد البيع هكذا هنا وقلنا العقد انعقد صحيحا ووقع العجز عن تسليم البدل فيجب تسليم قيمته لقيام القيمة اذ القيمة تصلح بدلا في الجملة في الكتابة فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة فمتى جاز ان ينعقد الكتابة على قيمة الشي ابتدا جاز ان يبقى على القيمة بخلاف شرا الذمي عبدا بخمر من ذمي حيث يفسد البيع باسلام احدهما قبل القبض لانه لا يمكن ان يبقى البيع على القيمة لعدم انعقاده ابتدا على القيمة فلا يمكن ابقاوه عليها وقيد بقوله على ما قاله البعض لانه ذكر بعض المشايخ ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع **قوله** واذا قبضها اي قيمة الخمر عتق وبه صرح الامام قاضي خان وغيره في شرح الجامع الصغير **قوله** ولو اداها اي الخمر اي ادى العبد المسلم الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فادى الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين والرازي ونجم الدين الافطس ورضي الدين النيسابوري ولكن ذكر في شرح الجامع الصغير وشرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتدا وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاوه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاوه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا كذلك واذا بقيت بدلا يعتق باداها وذكر التمرتاشي متى وقع العقد فاسدا يكون البدل فيه القيمة فيعتق باداها ويعتق بالشروط صورة متى وقع العقد فاسدا **قوله** وقد مياه من قبل يسنده الى ما ذكر دكون النص هو له فان ادى الخمر يعتق وقال زفر لا يعتق ه

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشرا ولا خلاف فيه وفي السفر خلاف مالك والشافعي في قول وقد بيناه من قبل **قوله** البيع بالمحاباة وقالت الايمة الثلاثة لا يملك البيع بالمحاباة لانه تبرع كالهبة والعتق وقلنا هو من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي اظهارا للمساحة استجلابا لقلوب الناس اليه وربما يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قوله** ان لا يخرج من الكوفة وكذا ان لا يخرج من المصر والتقييد بالكوفة باعتبار ان وضع المسلة فيه فله ان يخرج استحسانا وبه قال الشافعي في قول واحمد وعند مالك والشافعي في قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط فبالشرط اولى وهو القياس لثبوت ولايته من جهة المولى وقلنا هذا شرط يخالف لمقتضى العقد فيبطل الشرط وهذا لان موجب العقد مالكية اليد والاختصاص بنفسه ومنافع فيثبت له حق الخروج الى حيث اراد ليتمكن من ابتغا المال وذا بالضرب في الارض قال تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده وكان باطلا **فان قيل** الشرط الذي يخالف مقتضى العقد يوجب فساد العقد على ما مر في البيوع **قلنا** هذا تعليل لبيان فساد الشرط في نفسه وهذا الشرط ليس بمتمكن في صلب العقد فلا يفسده واليه اشار بقوله وصح العقد الى اخره **قوله** وهذا اي كون الشرط متمكنا في صلب العقد يفسد الكتابة لا الشرط الذي لا يتمكن في صلبه لان الكتابة شبيهة الى البيع من حيث انها تحتمل الفسخ بعد تمام المعقود بالادا قبو قبضها فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط اذا تمكن في صلب

العقد

العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة بان قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا لانه في البدل ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلب العقد **قوله** وهذا هو الاصل اي بالعمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين وفي الذخيرة لو كاتبه على خدمته شهرا في القياس لا يجوز لجهالة جنس الخدمة فان الخدمة قد تكون في البيت وقد تكون خارج البيت وعن هذا قال مشايخنا ذكر القياس في الكتابة يكون ذكرا في الاجارة يعني ان هناك لا يجوز ايضا وفي الاستحسان يجوز لان اعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفا والمعروف كالمشروط ولهذا جازت الاجارة وان لم يبين نوع الخدمة وعند الشافعي واحمد لا يجوز لان الخدمة بمنزلة العوض الحال والكتابة الحالة لا تجوز عندهما اما لو قال كاتبتك على خدمتك شهرا ودينار بعد الشهر بيوم او بيومين يصح عندهما **قوله** لانه اي عقد الكتابة اسقاط الملك وفك الحجر والطلاق ابيد بمنزلة الاعتاق **قوله** لا يتزوج الى اخره ولا خلاف فيه للايمة الثلاثة وقال ابن ابي ليلى شرط عليه ان لا يتزوج الا باذنه لم يتزوج بغير اذنه وان لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير اذنه لتملكه منافع نفسه **قوله** والتزوج ليس وسيلة اليه اي الى المقصود لان التزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة وحكم المالكية انما ثبت له ليتمكن من اداء بدل الكتابة وكل عقد لا يوصله اليه لا يثبت له حكم المالكية فيه بل يكون كالقن فيه كذا في المبسوط المجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به كذا في المغرب **قوله** ولا يتكفل سوا كان بامر المكفول عنه او بغير امره وسوا كان باذن مولاه او بغير اذنه وحكم كفالته في الحال كحكم كفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد العتق لا في الحال لان كلا اي من الكفالة بالنفس والمال وبالامر وبغير الامر تبرع اما بغير الامر فظاهر وكذا بالامر لان الكفيل عند الادا كالمقرض للمكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة وكذا الكفالة بالنفس التزام فعل وهو تسليم النفس في ذمته ولا يتعلق بها مال وكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول الكفالة متى صحت فلا تتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرره بكسبه وكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سوا كان باذن المولى او بغير اذنه لانه لا ملك للمولى في منافعه ومكاسبه فوجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه كذا في المبسوطين **قوله** لا يقرض اي لا يجوز له الاقراض حتى لو اقرض لا يطيب للمستقرض اكله الا انه يكون مضمونا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما هو في قرض الاعيان لانه لا يطيب للمستقرض اكله ويكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه يجوز لانه ملكه بالقرض الفاسد كذا في بعض الشروح للمبسوط وكذا لا يجوز ان يهب بالعوض وغيره لانه تبرع ابتدا فالحاصل ان المكاتب لا يملك التبرع ولا خلاف للايمة الثلاثة فيه **قوله** ولو زوج امته جاز ولا نعلم فيه خلاف وكذا له ان يوكل بتزويجها لانه من باب الاكتساب للمال بخلاف ما لو زوج المكاتب نفسه حيث لا يجوز فعلى هذا التعليل ينبغي ان يجوز لانه من باب الاكتساب لكن لا يجوز لما ان رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد بها بالتزويج ولان فيه تعييب رقبتها اذ النكاح عيب فيها وربما يعجز فيبقى هذا العيب في ملك المولى كذا في المبسوط وفيه **فان قيل** فعلى هذا ينبغي ان يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك **قلنا** نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وامته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجز وحاضت امته حيضة لا يجب على المولى استبرا فيها جديد ويلزمه في امته ومكاتبته ولو زوج المالك مكاتبة

المكاتب

امته سعد من عبده فعن ابي يوسف يجوز لان فيه اكتساب الولد من غير ضرر يلحقه لان المهر لا يجب على المولى و نفقتها كانت عليه قبل النكاح و في ظاهر الرواية لا يجوز لما ان الداخل تحت الكتابة تجاره واكتساب مال و تزويج العبد امته ليس باكتساب مال في الحال و فيه نوع ضرر لانه ربما يمسح الامة فلا يبطل النكاح فيجب على العبد نفقتها و هي امة الغير كذا في الذخيره **قوله** وهو اي القياس قول زفر والشافعي و به قال احمد و قول ملك والقاضي الحنبلي و اصحاب الظاهر كقولنا **قوله** لانه يوجب اي لان الاعتاق على مال فوق الكتابة لان الكتابة معاوضة حتى يقال و يفسخ و لا يعتق في الحال اما في الاعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير توقف الى اداء المال فلا يقبل الاقاله والفسخ وهذا غير ثابت للمكاتب فعن تجويزه اثبات امر للمكاتب فوق ما هو حاله و ذلك لا يجوز و كذا لا يملك تعليق عتق عبده بلا خلاف بان قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر لانه تعليق عتق بالشرط مقصودا و هذا غير ثابت للمكاتب مقصودا وانما يثبت له ضمنا لثبوت فك الحجر عن الاكتساب بالكتابة فلا يملك الحاقه بغيره مقصودا و لهذا لا يملك ان يكاتب ولده و والديه لانهم دخلوا في كتابته تبعا فكما لا يملك كتابة نفسه لا يملك كتابتهم كذا في المبسوط والذخيره **قوله** لان له فيه نوع ملك اي لان للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك و يصح اضافة الاعتاق اليه اي الى المولى في الجملة لان مكاتب الثاني مكاتب للمولى بواسطة المكاتب الاعلى فالحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة عند تعذر الاضافة الى العلة و في الذخيره لما صار المولى مكاتبا للاعلى صار مكاتبا للثاني من وجه لان لكل واحد منهما حق الملك في كسب المكاتب بالكتابة داخل تحت كتابة الاول فيكون حاصله باذن المولى فقد ربا للمولي حق الملك في كسبه فيصير منقولا الى المولي فيصير المولى مكاتبا له من وجه الا ان حق المكاتب في كسبه ارجح من حق المولى فاذا امكن اثبات الولا لهما كان اثبات الولا من المكاتب اولى لرجحان حقه و اذا لم يكن المكاتب اهلا للولاء اثبتناه من المولى و في المبسوط و يصح اضافة الاعتاق الى المولى في الجمله فيقال مولى زيد و معتق زيد بطريق المجاز و ان كان معتق معتقه **قوله** لا ينتقل الولا اليه اي الى المكاتب لان المولى معتق مباشره من وجه كما بينا بخلاف جر الولا فان ثمه مولى الجاريه ليس بمعتق للولد مباشره ولكن تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العله والعبد عند عدم عتق الاب فاذا عتق زالت الضروره فينتقل الولا الى قوم الاب البدا اسار في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** ويعيب له اي للعبد و لهذا لو اشترى عبدا فوجده ذا زوجه يتمكن من الرد بالعيب كذا في الاوضح و **قوله** على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز الى اخره ولو عتق عبده واجاز التزوج لا يجوز لان الاجازه لا تلحق عقدا باطلا اذ تزوج المكاتب عبده باطل غير موقوف لانه لا مجيز له و كذا لو زوجه الوكيل بعد عتقه يتوقف على اجازته لان توكيله به وقع باطلا ولو قال بعد العتق اجزت بطل الوكاله يكون هذا توكيلا ابتداء و ينعقد بلفظ الاجارة ابتداء كما لو قال اجزت لك ان تطلق امراتي او وصيت يكون توكيلا بخلاف التزوج لا ينعقد بلفظ الاجاره ابتدا **قوله** والاب والوصي الى اخره و بقولنا قال ملك واحمد و عند احمد يجوز اعتاقهما على مال ايضا و قال الشافعي لا يملك ان كالمكاتب شيا من ذلك لما ذكرنا و قلنا في كتابتهما و تزويجهما امة اليتيم نظر لليتيم فيجوز اما في التزوج فلانه يستفاد به المهر والنفقه و اما في الكتابه فلوصول البدل اليه قبل زوال ملكه عنه و يسقط نفقته عنه في الحال فكان انظر من البيع لان بالبيع يزول ملكه قبل وصول

البدل اليه كذا في المبسوط و هذا بخلاف ما لو كاتب الوصي عبدا من التركه والورثه صغار و في التركه دين لا يجوز ولو باعه بدون حضور الغرما يجوز وان كانت الورثه صغارا اذا كان الدين غير مستغرق ذكره في وصايا المبسوط لانا لو صححنا كتابة الوصي فلا يخلو اما ان يصحح لاجل الغريم او اليتيم او الميت و كل ذلك لا يصح فلا يصح كتابته و ذلك لان حق الغريم مقدم وما لم يصل اليه حقه لا يسلم شي من التركه الى الوارث فلا يمكن تصحيحه للغريم اذ ليس للوصي عليه ولايه ولا لليتيم لانه لا يسلم له شي الا بعد قضا الدين ولا للميت لان حقه في تفريغ ذمته و يتاخر ذلك بكتابته فلم يجز بخلاف البيع فان المالية باقيه كما كانت في حق الغريم وحق الغريم في ماليه التركه لا في عينها الا ان يستوفي الغريم حقه من بقية التركه فحينئذ ينفذ كتابته لان المانع قد زال و كذا اذا كان لم يكن الدين وصيه لانه لا ولايه للوصي على الموصى له الله اشار في المبسوط **قوله** وهي على هذا الخلاف المضارب والمفاوض قيل لفظ المفاوض هنا سهو من الكاتب لما ان المفاوض كالمكاتب فانه ذكر في شرح الجامع والمبسوط وغيرها كل ما يملكه المكاتب والوصي والجد وامين القاضي في مال اليتيم والمفاوض في مال المفاوضه **قوله** هو اي ابو يوسف قاسه اي الماذون على المكاتب واعتبره اي التصرف المذكور وهو التزوج بالاجاره يعني لهذا ولاية الاجاره فكذا ولاية التزوج واستعمل لفظ القياس في العينين وهما الماذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزوج والاجارة لان المماثله بين هذين العينين ظاهره اذ كل منهما فك الحجر والطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثله بينهما من حيث الفعليه لان الاجاره من المعاوضات الماليه من الجانبين لان للمنفعه حكم المال الا ترى ان الحيوان لا يجب دينا في الذمه بمقابله المنافع كما لا يجب بمقابله الاموال الحقيقيه في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار اليق كذا قيل **قوله** وهذا اي تزوج الامة ليس بتجارة لان التجاره مبادله المال بالمال و تزويج الامة ليس بتجارة لان التجاره مبادله المال بالمال و تزويج الامة ليس كذلك اذ البضع ليس بمال حقيقه فصار شبيها بالكتابه فلا يملكه الماذون والمضارب وشريك العنان اما المكاتب يملك الاكتساب والاكتساب ما يوصل الى المال و تزويج الامة يوصل الى المهر و النفقه فكان اكتسابا وانما كان هكذا لان المكاتب ملحق بالاحرار في استبداد التصرف واكتساب نفسه و في جامع قاضي خان والمحبوبي الاصل في هذا ان كل من كان تصرفه عاما في التجاره وغيرها يملك تزويج الامه في حق الغير كالاب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وامين القاضي و كل من كان تصرفه خاصا في التجاره كالمضارب وشريك العنان والماذون لا يملك تزويج الامه عندهما خلافا لابي يوسف **قوله** ولانه اي تزوج الامة **قوله** ادهي اي الاجاره لما ذكرنا ان المنفعه في الاجارة في حكم المال ولهذا يصلح مهرا في النكاح وابتغا النكاح شرع بالمال **قوله** كلهم اي المكاتب والماذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال ولا من التجاره و قال ابو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب تزويج عبده لانه تصرف في رقيقه بما فيه المصلحه فيجوز كختان العبد ولنا ما ذكرنا ان في تزويجه ضررا و نقصا في القيمه و ليس من جهات المكاسب

فصل

لما ذكر مسائل من يدخل في الكتابة اصلا شرع في بيان من يدخل تبعا **قوله** دخل في كتابته و كذا لو اشترى امه وهو لا يدخلون في كتابته تبعا له حتى يرد و الى الرق بعجزه فلو كانت كتابتهم بطريق الاصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك ولذلك قال دخل ولم يقل صار مكاتبا ثم شراوه ذوي ارحامه يجوز عندنا و عند الشافعي و ملك واحمد لا يجوز

لانه تصرف تبرع كالاعتاق وعند اصحاب الظاهر لو ملك قريبه يعتق عليه كما في الحر لاطلاق
النصوص وقال القاضي الحنبلي يجوز لانه تصرف لا ضرر فيه على السيد فانهم يعملون بعتقه
ويرزقون برزقه اما لو اشترى قريبه باذن السيد ففي صحته للشافعي قولان وعن ابي اسحق المروزي
من اصحابه القطع بالصحة وعند احمد يجوز ثم على قول الصحة يكاتب عليه ثم في كل تصرف لا
يجوز للمكاتب فاذا فعله باذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال احمد ومالك **قوله**
لانه اي المكاتب من اهل ان يكاتب كالحر اهل للتحرير فاذا اشتراهما الحر يعتقان عليه فكذا
المكاتب اذا اشتراهما يكاتبان عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان ثم الاقوى في الدخول تبعا في
الكتابة الولد المولود في كتابته لانه جمع فيه الملك والبعضية حكما في حق العبد حقيقة في حق
العقد حتى يحرم بيعه ويقبل منه بدل الكتابة بعد موت ابيه على نجوم ابيه ثم الولد المشترى لان
فيه الملك والبعضية حكما في حق العبد حتى يحرم بيعه ويقبل منه البدل حالا بعد موت الاب
لانه بعد الانفصال لا بعضية بينهما ثم الوالدان لان فيهما الملك لا البعضية فانهما ليسا بعض
للولد فلهذا انحط تبعيتهما عن تبعيه ولد المشترى فيحرم بيعهما حال حياته ولا يقبل بدل الكتابة
بعد موته لا حالا ولا منجما اليه اشار في الذخيرة ثم المولى اذا اعتق الولد المشترى لم يسقط حصته
من بدل الكتابة وسعى ان يسقط لدخوله في الكتابة كما اذا كاتب عبده مع اولاده الصغار ثم اعتق
المولى احد الاولاد لما ان دخوله ضمنا لا قصدا فلا يكون العقد مضافا اليه بخلاف ما لو كاتب
الاولاد مع ابيهم قصدا فان العقد مضاف اليهم وان كان القابل هو الاب فيكون لهم حصة من
البدل فتسقط حصة الولد بعتقه وقالا اي ابو يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة يدخل
قوله ولد اي لابي حنيفة ان للمكاتب كسبا لا ملكا لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لا
يفسد نكاح امرأته لو اشتراها ويحل الصدقة له وان اصاب كسبا ولا يملك الهبة كذا في
الاسرار غير ان الكسب يكفي للصلة مع ان القدرة على الكسب موجبة للصلة في الولاد حتى يجب
النفقة للوالد والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسرا ولا يكفي لغيرها اي لغير الولاد
حتى لا تجب نفقة الاخ وان كان قادرا على الكسب اذا لم يكن موسرا والدخول في الكتابة بطريق
الصلة يختص بموضع وجوب الصلة **قوله** ولان هذه اي قرابة الاخوة قرابة توسطت
يعني الاخ نسبة بني الاعمام في حق الزكاة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ونسبة
الولاد في حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فالحقناها في الثاني اي الولاد
في العتق وبالاول وهو بنو الاعمام في الكتابة توفيرا للشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى
من العكس لان العقد اسرع نفوذا الى اخره يعني لو قلنا يتكاتب اخيه عليه اذا اشتراه وجب
علينا ايضا ان نقول اذا ملك الحر اخاه يعتق عليه ايضا فحينئذ يلزم الغاء العلة بسبب قرابة بني الاعمام
فلا يبقى حينئذ قرابة الاخوة متوسطة بين القرابتين وفي الذخيرة علة صيرورة حال المملوك كحال المالك
شيئان الملك والقرابة المحرمة النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم عتق عليه فقد جعلت
العلة القرابة المحرمة والملك وفي المكاتب اذا اشترى ابنه او والده وجدت القرابة المحرمة وحقيقة
الملك ايضا حكما لانه انضم الى حق الملك الولاد وللولاد زيادة تاثير في ايجاب الصلة باعتبار وجوب الصلة
بمجرد القدرة على الكسب ويستحق عند اختلاف الدين واذا انضم الى حق الملك ما له زيادة اثر في ايجاب
الصلة التحق بالحقيقة ومن حكم حقيقة الملك صيرورة المملوك مثل حال المالك اما اذا كان المشترى
اخاه لم يوجد حقيقة الملك لا حقيقة ولا حكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لم ينضم الى حقيقة الملك

ما له اثر في ايجاب زيادة الصلة فلم يلتحق بالحقيقة بقي مجرد الحق مع القرابة المحرمة وانه ليس
بعلة تامة لصيرورة المشترى مثل حال المشترى **قوله** اذا اشترى ام ولده اي ومعها
ولد منها الاصل في هذا ان المكاتب اذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في
رقبتها وله ملك اليد وملك اليد لا يبطل النكاح وله ان يبيعها لان النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة
فلا يمتنع البيع بسببه وكذا المكاتبة تشترى زوجها وله ان يطاها بالنكاح لانها لم يملك رقبته
حقيقة ثم ان امرأة المكاتب ان ولدت قبل الشراء ثم ملكها المكاتب بوجه من الوجوه فان كان
ولدها معها لم يجز بيعها اجماعا لانها تبع للولد الى اخر ما ذكر في الكتاب وفي المبسوط ولم يدخل
الام في كتابته حتى لا تعتق بعتقه وان لم يكن معها ولده وقت الشراء اي شراء ام ولده ولم يشترط
ولدها معها لم يجز بيعها عندهما كما في الاول وعند ابي حنيفة يجوز لان كسب المكاتب موقوف اي
متردد بين ان يؤدي المكاتب البدل فيعتق وما فضل من البدل له وبين ان يعجز فيعود هو وماله
للمولى ولهذا لا يفسد نكاح امرأة بشراها ولا يصح تبرعاته فعلم انه لا ملك له فلا يتعلق به اي بكسبه
ما لا يحتمل الفسخ وهو الاستيلاد اذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاد محتملا
للفسخ وكلاهما لا يجوز وفي شرح الاقطع حق الاستيلاد مما لا يلحقه الفسخ وما للمكاتب موقوف
فلم يجز ان يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه من اهل ان يكاتب
وان لم يكن من اهل العتق **فان قيل** قد ذكر في الاصول وغيره من فتاوى قاضي خان والمغني
ان المكاتب لا يملك التسري ولا وطي امته وبه قالت الائمة الثلاثة فكيف يتحقق له ولد من امته **قلنا**
نعم الا ان له في ملك مكاتبه يدا بمنزلة الحر وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وان لم يحل وطيه
كما في الجارية المشتركة وجارية الابن اذا وطيها الاب وادعى الولد ثم الولد يدخل في كتابته عند الائمة
الثلاثة وعند اصحاب الظاهر ولده من جاريته حر وهل يصير الامة ام ولد له للشافعي فيه قولان
احدهما انها تصير ام ولد له وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد والثاني لا تصير ام ولد له
وبه قال ابو حنيفة ومالك وهو رواية عن احمد فلا يسقط بالدعوة اختصاصه اي اختصاص
المكاتب بكسبه **قوله** وكذلك ولد المكاتبة اي من زوجها او زنا يدخل في كتابتها وبه قالت
الائمة الثلاثة لان الصفات الحكمية في الامهات تسري الى الاولاد كالتدبير والاستيلاد وقال
الشافعي في قول ان الولد ملك للمولى يتصرف فيه كيف شاء لان الكتابة عقد يقبل الفسخ فلا تثبت
حكمه في الولد كما ان ولد المرهونة لا يكون مرهونا ثم قوله في الكتاب موكدا يسري الى الولد
احترازا عن ولد الابقة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لان امتناع البيع في الابقة غير موكد
فلا يسري الى الولد لان الاباق لا يبقى دائما كالاعتاق وسعيه والرهن والاسلام فلا يكون
موكدا وكذا يقع احترازا عن ولد المستاجرة والجانية فانها لا يجوز بيعها مطلقا بل مقرونا بشيء
لكنها غير موكد لما قلنا فلا يسري الى الولد ولهذا قالوا الاوصاف القارة الشرعية في الامهات يسري
الى الاولاد واحترز بالقارة عن هذه الاوصاف الخلقية كالبياض والسواد والحمرة والصفرة
قوله دخل في كتابتهما وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وهو الاصح بدليل قوله وكان كسبه
لها ووجه الاول ان في الدخول نفعهما ولكن في اداء الكسب منع امه لزيادة وجود دلالة
السعي في حقها **فان قيل** ذكر في المبسوط لو قتل الابن فالقيمة للابوين جميعا ولا يختص
بها الام فينبغي ان يكون في مسئلتنا كذلك **قلنا** تلك المسئلة مصورة فيما اذا قبل الابوان
الكتابة عليه وحالهما في ذلك سواء اذ لا ولاية لهما عليه ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى لان الولد

مكاتبا بقبولها فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى تبعه رقبته فلا بد ان يوجد القيمة عنه فيكون للابوين لانهما كانا يستحقان عليه في حياته وكانا احق بحضانته اما الولد المولود في الكتابة فان ثبوت الكتابة ههنا بطريق التبعية وجانب الام مترجح في ذلك لانه جزء منها حقيقة وههنا ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء كذا في المبسوط وفي الكافي لو قتل المولود في الكتابة يكون قيمته للام ككسبه وبه قال الشافعي في قول احمد ومالك وفي قول للسيد لانه لا يدخل الولد في كتابتها في قول فيكون قنا للسيد يبيعه ويعتقه **قوله** وقال محمد اولادها احرار بالقيمة وبه قال زفر والشافعي في قول ومالك واحمد ثم على قول محمد ان كان التزوج من هولاء اعني العبد والمكاتب والمدبر باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على العبد بسبب ما دون فيه يوخذ به بعد العتق هذا اذا غرته المراه او غيرها بان زوجها الغير على انها حره فالاب يرجع بقيمته على الزوج في الحال وان كان المزوج الغار عبدا او مدبرا او مكاتبا لا رجوع عليهم في الحال بل بعد عتقهم اما اذا اراد الرجل ان يتزوج امراه فاخبر رجل انها حره ولم يزوجها اياه او تزوجها رجل على ظن انها حرة وما قالت زوجني فاني حرة فانه لا يرجع على المخبر ولا على المراه ويرجع عليها بعد عتقها في صوره غرورها كضمان الكفالة **قوله** فيكون رقيقا حكما اذا كان عالما بحالها وهذا لان الاصل اي القياس ان الولد يتبع الام في الرق والحريه الا انا تركناه باجماع الصحابة في ولد المغرور وهذا ليس في معنى ولد المغرور لان الحكم ثمه حريه الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بايجاب قيمته في الحال وههنا بقيمه متاخرة الى زمان العتق لانه ضمان قول لا يقابله مال فصار نظير ضمان الكفالة فينقلب ضررا محضا من جانب المستحق فبطل الالحاق فيسعى على الاصل وهو ان يكون الولد تابعا لها فلا يلحق اي المكاتب به اي بالحر **قوله** بغير اذن المولى يتعلق بقوله وطى اي وطيها بغير اذن المولى اما هو ماذون في تملكها بالشرا وغيره لانه مكاتب والمكاتب غير ممنوع عن شرا الجارية وغيرها ثم العبد بغير اذن المولى انما ظهر فايدته في حق اثبات هذا الحكم في اذن المولى بالطريق الاولى لانه لما كان يواخذ بالعقر في حال الكتابه في الوطى بغير اذن المولى لا يواخذ بالعقر في الكتابة بالوطى باذن المولى بالطريق الاولى اما في الماذون بغير فرقان **قوله** وان وطيها بالنكاح اي بغير اذن المولى بالنكاح وكذلك الماذون له قنا او مدبرا **قوله** وهذا العقر اي العقر الذي وجب على المكاتب بسبب وطى المشتراه من توابع التجارة فانه لو وطيها قبل الشرا عليه الحد فعلم ان العقر وجب بسبب الشرا فيكون ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه ايضا حكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال كالهديه اليسيرة والضيافة اليسيره فانها من توابع التجار وان كانت تبرعا حقيقة كذا ذكره المحبوبي

فصل

لما كانت مسايل هذا الفصل نوع اخر من جنس مسايل الفصل الاول فصلها بفصل **قوله** وصارت ام ولد سواء صدقته المكاتبه في ذلك ام كذبته لان للمولى في رقبتها حقيقه الملك وللمكاتبه حق الملك فيرجح الحقيقة على الحق فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد امة المكاتبة فان ثمه لا يثبت النسب الا بتصديق المكاتبه لان للمولى حق الملك في اكسابها دون حقيقته فيحتاج الى التصديق كذا في مبسوط شيخ الاسلام وهو حر اي الولد حر ولا نعلم فيه خلاف وماله نفي للامراي والذي له من الملك في الجاريه يكفي لصحه الاستيلاد احدث العقر من مولاها وبه قال الشافعي في قول واحمد ومالك **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله في فصل الكتابة الفاسدة انها صارت اخص

باجرايها **قوله** عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ولا خلاف فيه لانها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابه ولم تسلم بهذه الجهه فلم يجب البدل **قوله** وما بقي ميراثا لابنها وقال احمد ما في يدها للسيد وبه قال الشافعي لبطلان الكتابه فيكون عتقها بالاستيلاد فلا يكون ما في يدها ميراثا لابنها وقال مالك من كان معه في كتابته من ورثته يودي ما بقي من كتابته ويرث من ذكرنا ممن كان معه في الكتابة على قسمه الميراث ولا يرث منه وارث حر قال ابن حزم هذا قول لم يعرف من احد وخلاف القران والسنه والمعقول **قوله** ولد اخر لم يلزمه وينبغي ان يلزمه بدون الدعوة لان نسب ولد ام الولد يثبت بالسكوت لا بالنفي ولكن لا يثبت ههنا بالسكوت لان ذلك في ام ولد لا يحرم وطيها اما التي وطيها محرمة باعتبار بقا الكتابه لا يلزم نسب ولدها الا بالدعوة وفي مبسوط فخر الاسلام هذا اذا مضت على الكتابة اما لو عجزت نفسها ولم يمض ثم ولدت فانه يلزم المولى بدون الدعوة لحل وطيها حينيذ **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز والقياس ان لا يجوز عند ابي حنيفه لعدم تقومها فلا يوخذ بمقابلته بدل الكتابة لكن جوزه باعتبار ان عقد الكتابه يرد على المملوك ليتوسل به الى ملك اليد والمكاسب في الحال والحريه في ثاني الحال وحاجه ام الولد الى هذا كحاجه غيرها ذكره في المبسوط وقال ابن القاص من اصحاب الشافعي لا يجوز كتابتها لان الشافعي قال اذا استولد المكاتبه صارت ام ولد بحالها وبه قال احمد **قوله** ولا تنافي بينهما اي بين امومية الولد والكتابه فان المولى اذا استولد المكاتبه بقي الكتابه حتى صارت مخيره بين التعجيز والامضا على الكتابه عندنا ومالك واحمد وعند الشافعي بطل الكتابه **قوله** غير انه يسلم لها الاولاد والاكساب اي يعتق لها الاولاد ويخلص لها الاكساب كما اذا اعتقها المولى في حال بقا الكتابه وذلك لان فسخ الكتابه في حق البدل للنظر لها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاولاد والاكساب وهذا الدفع شبهة ترد وهي ان استتباع الاولاد في الحرية والرقيه بالام انما يكون ان لو كانت الاولاد متصلة بالام حالة الحريه والرقيه وههنا الاولاد منفصلة عنها حال عتقها فكيف يعتق الاولاد بعتقها عند موتها فاجاب عنها بهذا وقال عدم العتق للاولاد المنفصله انما يكون اذا لم يكن الاولاد داخلة في كتابة الام بطريق التبعيه وههنا دخلت في كتابتها تبعا لها فلهذا اعتقوا بعتقها وبطل الكتابة بموتها في حق سقوط البدل نظرا لها الى اخر ما ذكرنا اليه اشار في المبسوط وبه قال احمد في روايه وقال في روايه ما في يدها لورثه سيدها وبه قال الشافعي ومالك لبطلان الكتابه **قوله** ولو ادت اي ام الولد المكاتبه بالنصب اي بدل الكتابه لانها اي الكتابه باقيه وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي لا يعتق لبطلان الكتابه على ما ذكره ابن القاص **قوله** وان كانت مدبرة جاز ولا يعلم فيه خلافا الا ما روي عن الشافعي ان التدبير وصية والكتابة رجوع عنها وانما وضع المسلة في المدبرة لمناسبة ام الولد وان كانت هذه الاحكام في المدبر ايضا كذلك **قوله** ولا مال له غيرها قيد به لانه لو كان له مال غيرها يخرج من الثلث يعتق وسقط عنها بدل الكتابه كما لو اعتقها ذكره في المبسوط وقد مر ان المدبر يعتق من الثلث عند اكثر اهل العلم الا عند النخعي وابن جبير وداود **قوله** بقي الثلثان عبدا اي على الرق وفي بعض النسخ رقيقا **قوله** فيحرر لان في التخيير فايده لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقل المالين اعسر لكونه حالا وان كان جنس المال متحدا كذا في مبسوط فخر الاسلام **قوله** قابل البدل بالكل اي بكل المدبره لانه اضاف العقد الى كلها وهو محل قابل لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا وقد سلم لها ثلث نفسها بالتدبير فيجب ان يسقط بقدره

من ثلث البدل وبه قال مالك **قوله** كما اذا اخر التدبير عن الكتابة يعني لو كاتب عبده ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق لانه عتق ثلثه بالتدبير فكذا فيما سبق التدبير كذا في المبسوط ولهذا لو عتق كلها بالتدبير بان كان يخرج من الثلث بطل كل البدل فكذا اذا اعتق ثلثه عنه اعتبارا للبعض بالكل ولهذا لو ادى كل البدل في حياته يعتق كله فلو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالاداء **قوله** لانها اي المدبرة استحقت الحرية ظاهرا بالتدبير ولكن الاستحقاق غير مقرر لجواز ان يموتا قبل المولى والمدبر يخرج من الثلث ببطل الكتابة وكذلك في ام الولد اذا مات المولى فقد تقرر استحقاقها جميع نفسها فبطلت الكتابة فعلم ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وهو الثلثان وليس كما اذا ادى في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل وبطل التعذر الذي قلنا **قوله** وان دبر مكاتبه صح ولا نعلم فيه خلافا لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت ايضا وكذا الحكم في تدبير مكاتبته لكن ذكر لفظ التانيث لما ذكرنا من المناسبة و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله بلفظها حرية **قوله** لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك وبه قالت الايمة الثلاثة وفي الذخيرة هذا فصل اختلف المشايخ فيه وهو ان المكاتب اذا اراد تعجيز نفسه وقال المولى لا اعجزك هل يفسخ الكتابة قال محمد بن سلمة اذا ابى المولى تعجيزه فله ذلك ولا يفسخ الكتابة بتعجيزه قال ابو بكر البلخي هذا خلاف ما ذكر اصحابنا في كتبهم فانهم قالوا للعبد ان يعجز نفسه **قوله** بنا على ما ذكرنا وهو قوله اما الخيار فتفرع مجرى الاعتاق الى اخره اما المقدار وهو القول بالثلث سوا كان ذلك في بدل الكتابة او قيمتها على قول ابي حنيفة وكذلك على قولهما و**قوله** ووجهه ما بينا اشارة الى قوله لان البدل مقابل بالكل الى اخره **قوله** لكنه اي عقد الكتابة وفي بعض النسخ لكنها اي الكتابة تفسخ برضا العبد كما اذا باعه او اجره المولى برضاه فانه يجوز وتفسخ الكتابة والظاهر رضاه وانزل الظاهر مقام الواقع حتى انفسخت الكتابة وان لم يوجد منه الرضا حقيقة لانا نبقي الكتابة في حقه اي في حق الاكساب باويل المكسوب او المال نظرا للمكاتب وانما ذكر هذا دفعا لشبهة ترد على قوله مع سلامة الاكساب له وهي ان يقال ينبغي ان لا يسلم له الاكساب ويجب ان يكون للمولى كما قالت الايمة الثلاثة لان الاكساب اكساب عبده كما لو عجز نفسه وعاد الى الرق والاكساب في يده بجامع ان في كل منهما انفساخ الكتابة فاجاب عنها بقوله لانا نبقي الكتابة في حق الاكساب نظرا للمكاتب كما ان انفساخ الكتابة في حق سقوط البدل نظرا له كذا في الذخيرة **قوله** وفي القياس لا يجوز وبه قال الشافعي ومالك وفي الحلية وبه قال ابو يوسف وزفر لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا **قوله** ولهذا لا يجوز مثله اي لو كان له دين على الحر او مكاتب الغير موجلا فصالحه على بعضه معجلا لا يجوز بالاجماع فكذا هذا وجه الاستحسان وبه قال احمد ان الفساد في الحر ومكاتب الغير لمكان الربا اذ الاجل ليس بمال متقوم فلم يجز بمقابلة الحط به وقد وجدنا سبيلا الى الاحتراز وهو ان يجعل ذلك فسخا منهما للكتابة وتجديدا العقد على خمسماية حالة لان بدل ذلك في معنى المعقود عليه الا ترى ان العجز عن ادايه يوجب حق الفسخ باعتبار الاضافة اليه بخلاف ثمن البيع ولان الاجل في حق المكاتب له شبه بالاموال لان المكاتب لا يقدر على اداء البدل الا بالاجل فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه وليس بمال من وجه بدلالة انه لا يصلح نصابا

للزكاة ولا يوصف باللزوم حقيقة فاشبه الحقوق التي ليست بمال ولهذا لا يصح الكفالة به وكان كل واحد منهما مالا من وجه فاعتدلا فلا يتحقق الربا فاما الدين الذي على الحر فيصلح نصابا للزكاة ويوصف باللزوم حقيقة ويصح الكفالة به والاجل في حقه لا يشبه المال لانه قادر بدونه فبطل الاعتياض ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما مر ان القياس ينفي هذا العقد لان العبد وما في يده لمولاه ولكن بالنظر الى الاكساب ملك العبد يدا هو عقد ولانه يمين من وجه فان فيه معنى اليمين في جانب اليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والربا يجري في العقود من كل وجه كالبيع والاجارة والاجل ربا اي فضل من وجه دون وجه لكان شبهة فكان شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وعقده مع الحر او مكاتب الغير عقد من وجه فكان ربا الاجل شبهة فيعتبر **فان قيل** فلو كان عقد الكتابة عقدا من وجه كما ذكرتم ينبغي ان يجوز بيع المولى من مكاتبه درهما بدرهمين وذا لا يجوز ذكره في المبسوط **قلنا** المكاتب كالاجنبي من وجه فيجري بينهما صريح الربا دون شبهته لما ذكرنا كذا ذكره المحبوبي **قوله** ولم يجز الورثة اي التاجيل لان المريض لم يتصرف في حق الورثة الا في حق التاجيل وكان لهم ان يردوه اذ بتاجيل المال اخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون اجازتهم كذا في المبسوط فانه اي العبد يؤدي ثلثي الالفين وهو الف وثلثماية وثلاثة وثلثون وثلث درهم لان له اي للمريض ان يترك الزيادة فله اي للمريض ان يوخرها اي الزيادة لانه لما جاز له ترك اصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الاولى الا ترى انه يجوز له ان يكاتبه على قدر قيمته فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله وانما تعتبر من ماله الالف فلا يصح في ذلك تاجيله في ثلثي الالف ويصح في الزيادة **قوله** حتى اجرى عليها اي على الزيادة احكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس في المطالبة فانه لو باع دارا قيمتها الف بالفين فالشفيع ياخذها بالفين وكذا لو باعها المشتري مرابحة يبيعها بالفين ولو ادى المشتري الفا وماطل في الف للبايع ان يحبسه **قوله** والتاجيل اسقاط معنى اي اسقاط حق الورثة معنى فيعتبر اي التاجيل في ثلث الجميع اي جميع البدل لتعلق حقهم بجميع البدل وقد تبرع بتاجيله فلا يصح في قدر الثلثين منه و**قوله** لما بينا من المعنى اشارة الى ما ذكر من الدليل في الطرفين وحاصله ان المحاباة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض من حيث ان الوارث يصير ممنوعا من المال بسبب التاجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هاهنا بدل الرقبة لجريان احكام الابدال من الاخذ بالشفعة الى اخر ما ذكرنا وعند محمد الاجل بمقدار الوصية من راس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث ولو كان على العكس بان كاتبه على الف وقيمته الفان كما ذكر في المتن يؤدي ثلثي القيمة وهو الالف حالا او يرد رقيقا بالاتفاق لانه تبرع باسقاط احدى الالفين وتاخير الالف الاخرى فيصح في الثلث ويبطل في الزيادة

باب من يكاتب على العبد

لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالاصل في الكتابة شرع في بيان احكام تتعلق بالنائب فيها **قوله** واذا كاتب الحر عن عبد اي قبل الحر الاجنبي عقد الكتابة عن العبد فضوليا وقيد بالحر للاحتراز عن المسلة التي تليها **قوله** عتق بادائه اي باداء الحر وذا يصح من غير قبول العبد صار مكاتبا خلافا للايمة الثلاثة اذ يبطل العقد ولا يتوقف عندهم **قوله** لا يعتق بادائه وهو قول الايمة الثلاثة وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة

نافذ فيما ينفع العبد وهو ان يعتق عند اداء المشروط موقوفه فيما يرجع الى وجوب البدل
عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وهذا بخلاف البيع فان في البيع يتوقف
على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له لان المولى يملك ايجاب ما يثبت بعقد
الكتابة وهو العتق بغير رضاه والاجنبي ايضا يملك ايجاب الحرية للمكاتب باداء بدل الكتابة فيعتق
بادائه فلهذا اعتبر فعل الاجنبي فيما له دون فيما عليه اما في البيع القول بالنفاذ فيما يجب له
دون ما يجب عليه غير ممكن لانه معاوضة من كل وجه فيقتضي المساواة من الجانبين فلذلك
يتوقف هنا فيما له وفيما عليه وقيل هذه اي بغير كلمة الشرط صورة مسئلة الكتاب وقيل
المسئلة مصورة بصورة التعليق كما ذكر في المتن وفي جامع التمرتاشي لو قال العبد لا اقبله ثم
ادى القابل الالف لم يعتق لانه ارتد العتق برده كذا روي عن محمد وكذا لو قال في صورة مسئلة
الكتاب كاتب عبدك عني بالف وكاتبه صح الكتابة ويقع العتق عن المامور في هذه الصورة
كلها بخلاف ما لو قال اعتق عبدك عني بالف فاعتقه فان هناك يقع العتق عن الامر والفرق
ان العتق اقوى من الملك حيث ان الملك يحتمل النقض بعد ثبوته والعتق لا يحتمل فامكن اثبات الملك
تبعا للعتق لان الاعلى يستتبع الادنى فاما الملك والكتابة فيستويان من حيث ان كل واحد منهما يحتمل
النقض بعد ثبوته ثم الملك يترجح عليه لانه يملك بحقيقة الملك من التصرف ما لا يملك بالكتابة
فكان الملك فوق الكتابة فتعذر اثباته تبعا للكتابة لان الادنى لا يستتبع الاعلى **قوله**
لانه متبرع ولا مضطر في ادائه وهل يرجع على المولى ويسترد منه ما اداه ان اداه بحكم الضمان
يسترده لان ضمانه كان باطلا وصورته ان يقول كاتب عبدك على الف على اني ضامن يرجع عليه
لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب فيكون اداؤه بالضمان الفاسد فيرجع الا ترى انه لو
ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع بما ادى عليه فهذا اولى وان اداه بغير ضمان لا يرجع
لانه متبرع فانه تبرع لتحصيل العتق وقد حصل فتم اداؤه فلا يرجع فلو ادى البعض له ان يرجع
سواء ادى بضمان او بغير ضمان فان ادى بضمان فلما مر وان ادى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل
غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن في البيع الموقوف كان له
ان يسترد من البايع اما لو ادى البعض بعد اجازة العبد لا يرجع لانه تم حصل مقصود اخر وهو
براءة ذمة العبد عن بعض البدل هذا اذا اراد ان يرجع على المولى قبل اجازة العبد فلو اراد
الرجوع بعد اجازة العبد فلو ادى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا وان ادى بغير الضمان لا يرجع
سواء ادى الكل او البعض لان اداءه يكون مبريا ذمة المكاتب عن البدل فيحصل مقصوده فلا
يرجع هذا اذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على الف علي فان قال اعتقه بالف فهو على اربعة
اوجه اما ان قال اعتقه بالف ولم يزد عليه او قال عني بالف او قال اعتقه بالف علي او قال
اعتقه عن نفسك بالف علي ففي الاول لا يجب على الفضولي شيء اذا اعتقه ولو ادى يسترده
منه ولو استهلكه يضمنه لان الاعتاق متردد بين ان يقع عن المامور وبين ان يقع عن الامر ووقوعه
عن المالك اصل وعن غيره عارض فاذا وقع العتق عن المالك هو المعتق بملك نفسه فلا يستوجب
البدل على غيره وفي الوجه الثاني يقع العتق عن الامر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة
استحسانا ايضا وفي الوجه الثالث لا يلزمه شيء من المال لان الولاء ثبت للمامور وهو المنتفع بملكه
فلا يستوجب البدل على الامر بخلاف ما لو قال طلق امراتك على الف علي حيث يلزم الالف على
الامر لانه لا منفعة للزوج في ايقاع الطلاق كذا ذكره شمس الائمة السرخسي والصدر الشهيد

وذكر شيخ الاسلام خواهرزاده ان المال يلزم الامر بالاعتاق ويقع العتق عنه لان قوله
علي ايجاب ضمان على نفسه ولا صحة له الا بعد وقوع العتق عنه فيثبت الامر بالعتق عن نفسه مقتضى
صحة ايجاب الضمان عليه كما لو قال اعتق عبدك عني بالف وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال
وله ان يسترده اذا اداه اليه كما في قولك كل طعامك بعوض علي بخلاف قوله طلق امراتك
عن نفسك بالف علي حيث يلزمه الالف لما ذكرنا كذا في جامع المحبوبي ومبسوط شيخ الاسلام
قوله واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر اي قبل العبد عقد الكتابة عن مولاه
وعن نفسه وعن عبد غايب يتوقف في حق الغايب قياسا لعدم ولايته عليه كما لو جمع بين عبده
وبين عبد غيره فباعهما وعند الائمة الثلاثة لا يصح في حق العبد الغايب وهو القياس ووجه
الاستحسان انه امكن تصحيح تصرف المولى في حق الغايب بان يجعل عتق الغايب معلقا باداء الحاضر
كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال له ان اديتها ففلان حر فانه يصح من غير قبول الغايب وهذا
لان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغايب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كما
لو كاتب الامة دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى يعتق بادائها فكذلك ههنا فاذا انفذ فلا يتوقف
على قبول الغايب شيء من بدل الكتابة ولا يعتبر رده الكتابة واجازته ولو اكتسب شيئا لا ياخذ
المولى منه وليس للمولى ان يبيعه من غيره ولو ابراه المولى او وهبه بدل الكتابة لا يصح اذ ليس
عليه شيء من البدل اما لو ابرا الحاضر او وهبه البدل عتقا جميعا كذا ذكره المحبوبي وغيره ولا
يقال ينبغي على هذا ان المولى اذا اعتق الغايب لا يبطل حصته من بدل الكتابة كما في اولاد الحاضر
والحال انه يبطل وينبغي ان يعتق الغايب بعتق الحاضر كما في الاولاد والحال ان الغايب لا يعتق
بعتق الحاضر لانا نقول في المسئلة الاولى انما لا يسقط شيء من بدل الكتابة عند اعتاق الولد المولود
في الكتابة لان الولد لم يكن مقصودا في العقد اذ هو غير موجود وقت العقد بل دخل تبعا فلا
يسقط بفواته شيء من البدل بخلاف العبد الغايب لانه تبع من وجه من حيث انه لا يصير على
الغايب في انعقاد العقد واصل من وجه من حيث ان العقد اضيف اليه مقصودا فكان البدل
منقسما عليهما بالنظر الى اصل العقد فلهذا يسقط حصته واما الاولاد فتبع من كل وجه فلا
يسقط شيء من البدل باعتاقهم لان البدل لا يقابل الاتباع اليه اشار في المبسوط وجامع المحبوبي
قوله فله ان ياخذ اي للمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل **قوله** ويجبر
المولى على القبول في القياس لا يجبر لان الغايب متبرع غير مطالب بشيء من البدل وهو قول
الائمة الثلاثة ولان البدل يسقط بموت من عليه حين لم يترك وفاء وينفسخ العقد ويبقى الغايب
عبدا قنا للمولى ولكنا استحسنا بانه يجبر على القبول حتى يعتقان جميعا باداء الغايب لان حكم
العقد ثبت في حق الغايب فيما لا ضرر به في جواب الاستحسان ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في
حق الحاضر كذا في المبسوط وفي جامع المحبوبي الا انه يقبل منه المال حالا ولا يمكن من السعاية
على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب وذلك لان الاجل كان ثابتا للحاضر حقا له فلا يثبت
حقا لغيره كمن اشترى دارا بثمن موجل فالشفيع ياخذها بثمن حال لما ان الاجل وصف في
الدين وليس في ذمة الغايب دين فلا يثبت الاجل في حقه ايضا لان الحاضر قضى دينا عليه اذ بدل
الكتابة عليه وذلك كالمكاتب اذا ادى البدل حتى عتق هو واولاده المولود في الكتابة لم
يرجع على ولده بشيء لما قلنا ان الدين عليه **قوله** متبرع غير مضطر اي من جهة الحاضر بل
طلب نفعا مبتدا بخلاف معير الرهن لانه مضطر فيه لانه يفوت ملكه الثابت **قوله**

فان قبل الغايب او لم يقبل فليس لذلك منه بشيء اي يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه
لانه ليس للمولى ان ياخذ الغايب اجاز الغايب او لم يجز وكذلك رده لا يؤثر في حق رد عقد الكتابة
عن الحاضر بل العقد لازم للشاهد اي الحاضر وان رده الغايب **قوله** واذا كاتبت الامة
عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين اي قبلت عقد الكتابة على نفسها على ابنها والحكم في العقد كذلك وليس
في وضع المسلة في الامة فايدة سوى ما ذكره في كشف الغوامض ان لرواية الجامع من الفايدة ما ليس
في مكاتب المبسوط فان هناك المسلة فيمن كاتب عبده على نفسه واولاده الصغار فلولا رواية
الجامع القايل يقول للاب على الصغير ولاية وليس للام فرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك
كله سوا وفايدة وضع المسلة في الصغيرين وان كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من
الجواب بقوله وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع لقايل ان يقول
في مثل هذا الوضع اذا ادى احد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة منهما ولا تبعية
بخلاف الامة وابنها فان اداء الام كاداء ابنها بطريق انها مستتبعة ولذلك اداء الابن كاداء امه
لدخوله في كتابتها تبعا اما اداء هذا الابن ليس كاداء اخيه لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع المسلة
في المبسوط في الاولاد الصغار ليفيد هذه الفايدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لانه
اقل ما يتحقق فيه هذه الفايدة وفي الكافي وليس جوازه منها على ابنها بطريق الولاية اذ لا
ولاية للام الحرة على ولدها فكيف تثبت للامة بل جعلت نفسها اصلا في الكتابة فيجوز عليها قصدا
وعليهما تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر على نفسه وعلى عبد الغايب **قوله** على ما بينا في
المسلة الاولى وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغايب وهي اي الام اولى بذلك من الاجنبي
اي لما جاز هذا العقد في حق الاجنبي على ما ذكر في المسلة الاولى فاولى ان يجوز عقد الام في
حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي **باب**
كتابة العبد المشترك ذكر كتابة رجلين بعد كتابة الواحد لما ان الاثنين بعد الواحد اعلم
ان كتابة احد الشريكين نصيبه بغير اذن صاحبه لم يجز عند الشافعي ومالك لتضرر شريكه
وعندنا يجوز ولصاحبه نقضه وعند احمد والحسن وابن ابي ليلى يجوز ولا ينقضه صاحبه فاذا
ادى العبد البدل ومثله للساكت يعتق وباذن صاحبه يجوز وبه قال الشافعي في قول وفي
قول لا يجوز وبه قال مالك **قوله** ان يكاتب نصيبه اي نصيب الماذون **قوله**
واصله اي اصل قوله ان المال للذي قبض عند ابي حنيفة وعندهما هو بينهما وذلك لانه لما كان
لا تتجزى الكتابة عندهما كان كتابة احدهما نصيبه صار كله مكاتبا والاذن بكتابة نصيبه اذن
بكتابة الكل فيصير البدل لهما جميعا كما لو كاتباه جميعا وعجز وفي يده اكساب تكون الاكساب
بينهما فكذا ههنا وعند ابي حنيفة لما كان يتجزى كالاعتاق اقتصرت الكتابة على نصيب المكاتب
وليس للاخر حق النقض لانه كاتب باذنه واذنه اي اذن الشريك له اي للشريك المكاتب
بقبض البدل يكون اي الشريك الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فيكون
المكاتب احق به او يقول لما اذن صار نصيب المكاتب عنده مكاتبا وبقي نصيب الاذن عبدا فكان
كسبه بعضه مملوكا للمكاتب وبعضه لمولاه فمتى اذن الذي لم يكاتب لشريكه بقبض بدل الكتابة
فقد اذن لعبده بقضاء دينه من كسبه فيكون الاذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد
فاذا تم تبرعه بقبض الشريك المكاتب لم يرجع فصار كما لو وهب من مكاتبه شيا ثم المكاتب ملكه
من غيره بعوض وعجز وفي الكافي ليس للساكت ان ياخذ منه نصفه لان للاذن له بقبض البدل

اذن للمكاتب بالاداء والاذن بالاداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض
المكاتب فسلم كله له كرب الوديعة اذا امر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يسع لرب
الوديعة عليه سبيل وكذا هذا الاداء انما ينهيه قبل الاداء ينصح نهيه لانه تبرع ولم يتم ولو اذن وهو
مريض وادى من كسبه بعض الكتابة صح من كل ماله لان الكسب اذا لم يكن موجودا حالة
الاذن فالاذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث وانما يتبرع بمنافع العبد حيث اذن له بصرفها
في اداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث لان حق الورثة يتعلق بالاعيان
لا بالمنافع وان كان قد اكتسب قبل الكتابة فاذن له في اداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود
الكسب وقت الاذن وتعلق حق الورثة به **فان قيل** للمتبرع ان يرجع بما تبرع اذا لم
يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض يرجع
بما تبرع اذ المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم
جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع لان مقصوده وهو سلامة البضع للزوج
لم يحصل وههنا ايضا مقصوده بالاذن بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز **قلنا**
المتبرع عليه ههنا المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن عتقه وبعد العجز صار
مرقوقا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج
عن يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجة والبايع لان ذمتهما صالحة لوجوب دين
المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان
قوله وفايدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ وانما ذكر هذا ليلا يتوهم ان الاذن
شرط في حق جواز كتابة نصيبه فانه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالاجماع عند
ابي حنيفة في نصيبه وعندهما في الكل وثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق فلو لم يفسخ حتى
ادى البدل عتق حظه عند ابي حنيفة وللساكت ان ياخذ من المكاتب نصف ما اخذ من
البدل لانه كسب عبد مشترك **فان قيل** الكتابة اما عقد معاوضة او اعتاق
معلق باداء المال فلو باع نصيبه او اعتق او دبر او علق عتقه باداء بغير اذن شريكه
ليس للساكت ان يفسخه ينبغي ان يكون في الكتابة كذلك **قلنا** انحصر ذلك بالكتابة لا
المكاتب بالكتابة الحق ضررا لشريكه الساكت فان بسبب كتابته يبطل حقه في نصيبه بيعا
وهبة ويصير حرا يدا والكتابة قابلة للفسخ فيفسخ دفعا للضرر ولهذا اذا زوجت نفسها
بغير كفو فللاولياء حق الاعتراض وان تصرفت في خالص ملكها لانها الحقت بهم ضررا
فكذا هذا بل اولى لان الكتابة اقبل للفسخ من النكاح فان النكاح لا ينفسخ الا بقصور في ولاية
العاقد والكتابة يفسخ بتراضيهما من غير قصور في ولاية العاقد بخلاف البيع فانه وان
كان يقبل الفسخ لكن في بيع نصيبه لا يلحق ضرر على شريكه حتى لو كان في بيع نصيبه ضرر على
صاحبه كان للاخر حق الفسخ فان الدار لو كانت مشتركة وباع احدهما نصف بيت معلوم
كان للاخر حق الفسخ وبخلاف الاعتاق وتعليقه حيث لا يقبلان الفسخ اليه اشار في الذخيرة
هذا الذي ذكرنا اذا كاتبه احد الشريكين فاما اذا كاتبه الشريكان معا كتابة واحدة
يجوز وبه قالت الايمة الثلاثة فاذا ادى الى احدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يود
جميع المكاتبة اليهما لان عقد الكتابة واحد في حق المكاتب فلا يعتق باداء البعض كما لو كان
الرجل واحدا وهذا لان المقبوض غير سالم لشريكه بل يشركه فيما قبض لانه مال لهما

وجب بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فكان اداؤه الى احدهما كادائه اليهما وان
اعتقه احدهما جاز وكذا لو ابراه من نصيبه او وهبه له عتق ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق
احدهما ان شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في
قول ابي حنيفة وبين العتق والسعاية ان كان المعتق معسرا وعند محمد يضمن الاقل من نصف
القيمة ونصف ما بقي من مكاتبته وكذا العبد يسعى في الاقل عند عسرة المعتق كذا في المبسوط
وفي الكافي لو كاتب احدهما كله او حظه بالف بغير امر الآخر كله او حظه بمائة دينار صار
مكاتبا لهما اما عند ابي حنيفة فلان الكتابة تتجزى فنفذت كتابة كل في حظه واما عندهما
فبكتابة الاول صار مكاتبا وللآخر حق الفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصفه وايهما قبض
شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه الآخر في ذلك ويتعلق عتق نصيب كل واحد بجميع بدل الكتابة
المسمى في كتابة نصيبه وان ادى اليهما فالولاء لهما عندهم وان قدم احدهما صار كمكاتبتهما
حرره احدهما عتق نصفه عند ابي حنيفة ويسعى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية
الا ان يعجز المكاتب فيضمن القابض نصف صاحبه ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته
ان كان معسرا وعندهما يعتق كله ويضمن نصيب صاحبه ان كان موسرا ويسعى في نصف
قيمته ان كان معسرا عند ابي يوسف وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة
في اليسار ويسعى في الاعسار ذلك **قوله** فادعاه اي صحت دعوته وثبت النسب
ثم وطيها الآخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت النسب كما في المدبرة
المشتركة فانه يضمن امومية الولد في المدبرة المشتركة على نصيبه بالاجماع **قوله** لقيام
ملكه ظاهرا قيد به لانه بالنظر الى بقاء الكتابة ملك الثاني باق فيها وبالنظر الى التعجيز لم يبق
ملكه فيها والظاهر انها تمضي كتابتها فيكون ملك الثاني باقيا فيها ثم استيلاد المكاتبة لما
كان يتجزى عند ابي حنيفة كان استيلاد الاول مقتصرا على نصيبه ونصيب الساكت باقيا على
حاله فلما وطي الثاني وجاءت بولد فادعاه الثاني كانت دعوته مصادفة لملكه من حيث الظاهر
لان الظاهر هو ان تمضي على كتابتها فكان وطيه واقعا في ملكه والذي حدث من العجز انما حدث
بها بعد صحة الدعوة فلا يبطل حكم النسب ظاهرا كما في ولد المغرور لانه حر بالقيمة لان حين
استولدها كانت حرة في الظاهر **قوله** ويضمن شريكه اي شريكه الثاني كمال عقرها وفي
المبسوط ولم يذكر حكم العقر ثم قال على رواية الكتاب يوجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر
على الاول فيكون احدهما قصاصا بالآخر ثم قال وقد بينا في كتاب الدعوى ان الاصح وجوب
جميع العقر على الثاني وهنا قول ابي يوسف ومحمد هنا كذا ايضا انه حين استولدها احدهما
صار الكل ام ولد له وهي مكاتبته فلا يصح الاستيلاد من الثاني بعد ذلك ولا يثبت النسب
منه بالدعوة وذكر قاضي خان وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في الكتابة يتجزى
عنده خلافا لهما واجمعوا انه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة **قوله** وقيمة الولد
اي يضمن قيمة الولد ايضا **فان قيل** ولد ام الولد لا قيمة له عند ابي حنيفة فكيف
يستقيم ايجاب القيمة على اصله بل ينبغي ان يجعل حرا بغير شيء او يرد الى مولى الام وهو
الواطي الاول **قلنا** عدم تقومها على الاطلاق غير مسلم بل متقوم في الجملة فانه لو
كاتب ام ولده جاز بالاتفاق وبدل الكتابة يجب بمقابلة مالية الرقبة وهذا لانها وان
لم تكن متقومة في نفسها تجوز تقومها بالشرط نظرا الى وصولها الى الحرية فاحتمل كالقصاص

والنكاح فانهما وان لم يكونا متقومين في انفسهما قد يتقومان بالشرط نظرا الى من عليه القصاص
وللمراة حتى جاز الصلح عن دم العمد والطلاق على مال فلما تقومت ام الولد في الجملة تقوم
ولدها **فان قيل** جواز كتابتها لا يدل على تقومها لاحتمال ان يعقد الكتابة في حقها بمعنى
التعليق لا المعاوضة ولئن سلمنا انه يعقد بمعنى المعاوضة لا نسلم ان البدل يجب بمقابلة المالية
بل بمقابلة فك الحجر فلا يثبت التقوم **قلنا** لا يعقد تعليقا بدليل ردها الى الرق عند العجز
وبطل الكتابة ولا يمكن ابطال التعليق بوجه ولا يقال ابطاله عند العجز لفوات وصف الشرط
وهو ان يؤدي كل شهر كذا او عند العجز فات هذا الوصف لانا نقول لو كان كذلك لم يمكن ابقاء
عقد الكتابة اذا لم يطلب المولى رده الى الرق ولما صح ابطاله بطلب المولى عند العجز وبقاؤه
عند عدم طلبه دل انه انعقد كتابة لا تعليقا واما قوله البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر
فمسلم ولكن في الابتداء دون الانتهاء فان الكتابة في الانتهاء اعتاق على مال على ما عرف في
الاسرار فعلم ان البدل في مقابلة المالية ولئن سلمنا انها غير متقومة على الاطلاق لكن حكمنا
بتقوم ولدها ههنا على مذهب الخصم للضرورة لان حال الولد لا يخلو عن ثلاثة اوجه
اما ان يرد الى مولى الام وهو الواطي الاول او يجعل حرا بغير شيء او يجعل حرا بالقيمة لا وجه
الى الاول لان فيه اهدار جانب المغرور والولد بالكلية ولم يرد الشرع به ولا وجه الى
الثاني لان فيه اهدار جانب المالك وهو مولى الام لان ملكه يزول عنه بلا بدل من غير
رضاه وهو خلاف المشروع فتعين جعله حرا بالقيمة وثبت تقومه ضرورة وفيه نوع تامل **قوله**
يفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها في ذلك بل لها نفع فيها حيث لم
يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتعتق مجانا بعد موت المولى **قوله** ويبقى الكتابة فيما
وراءه اي في حق ما لا يتضرر بالانفساخ وهو كونها احق في اكسابها واكساب ولدها وسقوط
الحد عن الثاني في وطيها بخلاف التدبير يعني اذا استولد مدبرة مشتركة فانه لا يتملكه ويقتصر
على نصيب المستولد لانه لا يمكن تمليكها اذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعا للنقل من ملك
الى ملك **قوله** وبخلاف بيع المكاتب جواب سؤال يرد على المدبرة بان قيل هلا قلتم
بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد فقال في جوابه اي البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى
ببقائه مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا يفسخ فيما يتضرر به المكاتب **قوله** للشبهة
وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة اولانها سعى مكاتبته فيما يتضرر به
بالاجماع **قوله** واذا بقيت الكتابة عندهما اي فيما يتضرر صار كلها مكاتبة له اي للمستولد
الاول قيل يجب عليها نصف البدل قال الامام قاضي خان اختلف المشايخ بعد ذلك في بدل
الكتابة قال الماتريدي يجب نصف بدل الكتابة عليها لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط
نصف البدل فبقي مكاتبته بالنصف وقال عامة المشايخ تبقى مكاتبته بجميع البدل لان انفساخ
الكتابة امر ضروري فلا يظهر فيما وراء الضرورة وهي تكامل الاستيلاد اي فيما عدا التمليك
فيبقى العقد الاول كما كان وفي ابقائه اي ابقاء عقد الكتابة في حقه اي في حق نصف البدل نظر للمولى
وهو المستولد الاول **قوله** لظهور اختصاصه اي اختصاص المستولد الاول على ما
بينا في تعليل قول ابي حنيفة **قوله** في قياس قول ابي يوسف اي في قياس قوله في اعتاق
المكاتب بين اثنين فان عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبا فيجب اقلهما لان الاقل متيقن
قوله ولكن دبرها اي بعد ما استولدها الاول بطل التدبير اي بالاتفاق اما عندهما

ان المستولد يملكها قبل العجز فانفسخت الكتابة قبل التدبير فلا يصح تدبيره فيه انه اي التدبير مصادف ملك غيره اي غير المدبر لانه اي النسب يثبت بمجرد الغرور كما لو اشترى امة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة فكذا ههنا ولو دبرها فاستحقت بطل التدبير وكمل الاستيلاد على ما بينا اي في تعليل قول ابي حنيفة ووجهه ما بينا في تعليل القولين **قوله** والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات فان عنده للساكت من الخيارات الثلاث العتق والسعاية والتضمين وعندهما ليس الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرهما اي غير الخيارات وهو الولاء وقد مر تقريره في الاعتاق **قوله** البيع واسبابه كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وامثاله كالاجارة والاعارة والوطي والاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال لا يملك بالضمان لانه اي المدبر لا يقبل الى اخره فكان هذا الضمان ضمان الحيلولة لا ضمان التملك كما في غصب المدبر وذكر قاضي خان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة لان منافع المملوك ثلاث الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء الديون من ماليته بعد الموت وبالتدبير يفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح فينقص ثلث قيمته وبالاستيلاد يفوت منفعتان منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الديون بعد الموت وتبقى منفعة واحدة وهي الاستخدام فينقص ثلثا قيمتها وقد مر المختار في الاعتاق وبيان الخلافات ايضا **قوله** لم يبق خيار التضمين لانه بمباشرته التدبير يصير مبريا للمعتق عن الضمان لان تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فان هناك نصيبه كان مدبرا حين اعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه كذا ذكره المحبوبي وهو نظير ما اذا غصب فنا فدبره المالك لم يبق الغاصب ضامنا لان ضمانه في الابتداء انعقد بشرط التملك فلم يبق ذلك الشرط فلا يبقى المشروط بخلاف ما لو غصب مدبرا ابتداء حيث يضمن لان ضمانه انعقد لا بشرط التملك فيبقى كذلك

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تاخير الباب ظاهر التناسب اذ الموت والعجز بعد العقد **قوله** عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه قول الشافعي اقل التاجيل نجمان اي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر انه حط عن مكاتب اول نجم حل عليه اي اول وظيفة من وظايفه بدل الكتابة ومنه قولهم نجم الدية اداها نجوما كذا في الصحاح **قوله** وانظر عليه اليومين والثلاثة وقال الشافعي واحمد فان كان له مال او دين غائبا على مسافة القصر لم يلزم التاخير لطول المدة وان كان ما دون السفر لزمه التاخير الى ان يحضره ودينه على انسان ان كان حالا ومن عليه مليء وجب التاخير الى استيفائه كما لو كانت له وديعة عند غيره وان كان مؤجلا او على معسر فلا يجب التاخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التاخير الى بيعه وفي التهذيب مدة التاخير للبيع ثلاثة ايام ولا يلزم اكثر من ذلك كذا في شرح الوجيز وعند مالك اذا عجز عن نجم يفسخ الكتابة بعد ان يتلوم الايام ويجتهد الامام في ايام التلوم فيمن يرجى له ذكره في الجواهر **قوله** كانهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة يؤخر يوما او يومين او ثلاثة ولا يزاد عليه وجعلوا هذا القدر من باب التعجيل دون التاخير فكذا ههنا كذا ذكره المحبوبي والاصل فيه

والمذهب

فيه

قصة موسى مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا قدر صاحب الشرع مدة الخيار بالثلاثة **قوله** علقه اي على هذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله وهذا لا يعرف قياسا فكان المروي عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وبقول ابي يوسف قال احمد وابن ابي ليلى وابن عيينة والحسن رحمه الله كان احسنه موحله فالتاجيل والتنجيم لازم عند الشافعي واحمد وعندنا ومالك سنة فكان التيسير فيه مقصودا **قوله** وحالة الوجوب بعد حلول نجم الى اخره يعني الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالي نجمين ولا يثبت حق الفسخ قبل دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد الامهال والابلاء العذر واولى المدد اي احق الاجال ما اجمع عليه العاقدان وهو النجم الثاني فاذا مضى الثاني تحقق العجز فوجب الفسخ ولنا ما روي عن ابن عمر ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق وما ذكر من المعقول في المبسوط **قوله** اذا لم يكن راضيا به اي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا لبقاء الكتابة بعد ذلك النجم الذي شرطه او فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا به بدون ذلك النجم على ما ذكرنا من اختلاف الروايتين من الذخيرة اذا اراد المولى الفسخ عند العجز وان لم يرض المكاتب بالفسخ يفسخ المولى العقد بنفسه في رواية لا يصح فسخه ويحتاج الى قضاء القاضي وفي رواية يصح **قوله** والاثار متعارضة جواب عما تمسك به ابو يوسف بقول علي فان الاثر المروي عن ابن عمر يعارضه ما ذكره في الكتاب فسقط الاحتجاج بها اي بالاثار للتعارض فان الاثرين اذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة فبقي ما قالا من الدليل بقوله ان سبب الفسخ الى اخره او نقول حديث علي بيان ان احق الفسخ بكسر النجمين وليس فيه نفي جواز الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت على ما عرف من مذهبنا فيعمل به اذا قام الدليل وقد قام الدليل وهو حديث ابن عمر لانه يحمل على السماع لانه لا يترك بالقياس اليه اشار الامام المحبوبي **قوله** اخل بنجم يقال اخل الفارس بمركزه اذا ترك موضعه الذي عينه الامير ثم استعمل ههنا في ترك اداء وظيفة بدل الكتابة عند عجز السلطان اي عند غير القاضي **قوله** ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ وفي المبسوط حديث علي وابن عمر يدلان على ان للمولى فسخ الكتابة عند العجز من غير القضاء فيكون حجة على ابن ابي ليلى فانه يقول لا يرد في الرق الا بالقضاء لان العجز عنده لا يتحقق بدون القضاء لان مال الله غاد ورائح وصار نظير عجز العنين وقلنا العقد تم بتراضيهما والمولى ما رضي بلزوم العقد الا بشرط فاذا فات الشرط تمكن من فسخه لانعدام رضاه وقد ذكرنا اختلاف الروايتين من الذخيرة وجه الرواية التي لا يشترط القضاء ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء فيشبه هذا الوجه بما لو وجد المشتري عيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ فكذا ههنا وبه قال الشافعي في قول واحمد وجه الرواية الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض لان المكاتب بالعقد صار في يده فاشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري عيبا بعد القبض فلا ينفرد بالفسخ ويحتاج الى القضاء فكذا هذا وبه قال الشافعي في قول ومالك **قوله** موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى البدل فكسبه له وان لم يؤده فكسبه لمولاه **قوله** ويعتق اولاده اي المولودون او المشترون في حال الكتابة **قوله** وبه اخذ علماؤنا ومالك ايضا ان كان له ولد مملوك دخل في كتابته معه ويجبر الولد على الاكساب والاداء وان لم يترك وفاء عنده وان كان له ولد حر انفسخت الكتابة قال ابن حزم هذا قول لم يقل به احد من خلق الله قبله ولم يات به نص قط ولا رواية فاسدة ولا قياس ولا نقل وقيل في جوابه لما كان المكاتب ليس له حكم العبيد ولا حكم

الاحرار وجب ان يكون لبيانه حكم اخر غير حكم العبيد وغير حكم الاحرار نظرا الى الجهتين او
عملا بالاثرين **قوله** وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا وبه قال احمد والنخعي
والشعبي وقتادة وابو سلمان واصحابه وعمر بن عبد العزيز وامامه اي امام الشافعي في
ذلك زيد وابن عمر ايضا وروي ان عمر بن الخطاب قضى بذلك وله ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم **قوله** لعدم المحلية اذ الميت ليس بمحل لانشاء العتق ولا
لتعليقه **قوله** لفقد الشرط وهو الادا لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وهذا بخلاف
موت المولى فان العقد يبقى ويعتق بالادا الى ورثته لان المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد
والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد والميت يجوز ان يكون معتقا ولا يجوز ان يكون
معتقا الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي يصح ولو قال انت حر بعد موتك يلغو
وكذا لو اوصى ان يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولا له
قوله ولنا انه اي عقد الكتابة عقد معاوضة وعنه زيد به عن النكاح والوكالة وغيرها
ولا يبطل بموت المتعاقدين وقيد به احترازا عن الاجارة فانها عقد معاوضة ويبطل بموت
احد المتعاقدين والكتابة لا تبطل بموت المولى فكذا بموت الاخر وهو العبد كالبيع وهذا
لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز ابقا العقد بعد موت المولى لحاجته
اليه ليصل الى مقصوده وهو الولا فكذا يجوز ابقا العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل
الى مقصوده وهو شرف الحرية بل اولى لان الذي استحق المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز
نفسه يبطل حقه والذي استحقه المكاتب لازم حتى لو اراده المولى ان يبطله ليس له ذلك
فاذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وانه الزم اولى ان لا يبطل ولان الموت انفى للمالكية
منه اي من الموت للمملوكية لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية
عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا
والموت انفى للقادرية والقاهرية فاذا كان انفى ولم يسف القادرية والقاهرية فاولى
وجاز ابقا العقد مع اقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع ادنى المنافيين لا على
لاعلى الحاجتين اولى واحرى واما ما ذكر من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض
حتى يصرف ماله الى قضا حوايجه اولا من تجهيزه وتكفينه وقضا دينه وتنفيذ وصيته والجمهور
على انه يعتق في اخر جزء من اجزا حياته اما لان سبب الادا وهو عقد الكتابة موجود قبل الموت
فيستند الادا اليه ويجعل ادا خلفه كادايه بنفسه **فان قيل** الادا فعل حسي والاستناد
انما يكون في التصرفات الشرعية **قلنا** نعم فعل النايب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة
شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات الرامي قبل ان يصيب ثم اصابت صار ملكا له ويورث
عنه والميت ليس باهل ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة
الى اخر جزء من اجزا حياته فكذا ههنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف
على الادا والادا جايز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك
ثم حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزا حياته اما بان نقال الترك الموجود في اخر حياته مقام التخلية
من المال والمولى وهو الادا المستحق عليه او يكون ادا خلفه كادايه وهذا معنى قوله على ما
عرف تمامه في الخلافيات **فان قيل** لو قذفه قاذف بعد ادا بدل الكتابة في حياته
يحد قاذفه ولو حكم بحريته في اخر حياته ينبغي ان يحد قاذفه والحال انه لا يحد **قلنا** ثبت

الحرية في اخر حياته لضرورة حاجته اليها والثابت بالضرورة لا يعد وموضعها فلا يظهر
في حق احصانه فلا يحد قاذفه مع ان الحدود تندرا بالشبهات والحرية ههنا تثبت مع الشبهة
وما ثبت بالاسناد يثبت من وجه **قوله** اما عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد يؤديه
الى اجله كالولد المولود في الكتابة وبه قال مالك وهذا لانه صار ابنه حتى ملك المولى
اعتاقه كاعتاق ابنه بخلاف ساير اكتساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه **قوله** لانه اي
لان المشترى لم يضف اليه العقد ولم يسر حكم العقد اليه لكونه منفصلا وقت العقد وكان
ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفا بخلاف المولود
فان العقد سرى اليه حكمه لكونه متصلا به وقت الكتابة لانه مأوه فيدخل في حكمه ويسعى في
نجومه **قوله** كتابة واحدة قيد به لانه لو كانا مكاتبين بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره
المحبوبي لانه لما كان مقصودا بالكتابة فانما يعتق من وقت ادا البدل مقصورا عليه لان
الاسناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فكان عبدا عند موت ابيه فلا يرثه جعلا
كشخص واحد لاتحاد العقد فيهما فيعتقان معا ويردان في الرق معا **قوله** واذا مات المكاتب
وله ولد من حرة الى اخره يريد به الفرق بين هذه المسئلة والتي تليها وهي قوله فان اختصم موالي
الام الى اخره والمكاتب اذا مات عن ولد ووفا يرثه الحر ايضا عنده خلافا لمالك وقد مر
فاذا اوترك دينا فيه وفا بمكاتبته فجنى الولد الى اخره فقضى به اي بارش الجناية لان قضيتها اي من
قضية الكتابة ان يكون الولد ملحقا بموالي الام لقيام الكتابة لما ان له من المال منتظر لان الدين
مال باعتبار ماله فلا يحكم بعتقه الا عند ادا بدل الكتابة وما لم يحكم بعتقه لم يظهر لولده ولا
في جانب ابيه فيكون مولى لموالي الام وبعد ما ادى البدل ظهر له ولا في جانب الاب فيجر ولاه
الى موالي الاب فلم يكن قضا القاضي بموجب الجناية على عاقلة الام فسخا للكتابة اما في المسئلة الثانية
الاختلاف وقع في الولا مقصودا فيكون القضا بالولا لموالي الام قضا بعجز المكاتب وفسخ الكتابة
ضرورة وانه قضا وهذا القضا صحيح بالاجماع لانه صادف محلا مجتهدا فيه فان عند بعض الصحابة
يموت عبدا وان ترك وفا كما ذكرنا فيفيد القضا بالاجماع فينفسخ الكتابة اتفاقا كذا ذكره شمس
الايمة وقاضي خان والمحبوبي ثم في مسئلة الارش اذا ظهر للولد ولا من قبل الاب عند ادا البدل
فموالي الام لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حيات المكاتب على مولى الاب لانه انما حكم بعتقه
في اخر جزء حياته فلا يستند عتقه الى اول عقد الكتابة فكان موالي الام عند جناية مواليه حقيقة
فلم يرجعوا بما عقلوا انما يرجعون بما عقلوا عن جنايته بعد موت الاب قبل ادا البدل لان عتق
الاب لما استند الى حال حياته بين ان ولاه كان لموالي الاب من ذلك الوقت وموالي الام مجبرون
على الادا فيرجعون بما ادوا كالملاعن اذا اكذب نفسه بعد ما جنى الولد وقوم امه عقل جنايته فانهم
يرجعون لظهور النسب من وقت الجناية فكذا ههنا كذا في شرح الجامع لشمس الايمة وقاضي خان
والمحبوبي وذكر التمرتاشي هذا الذي ذكرنا فيما اذا مات عن وفا فان مات لا عن وفا فالاسكاف
ينفسخ الكتابة حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة لا يقبل منه **قوله** التبدل الملك **فان
قيل** ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدله **قلنا** ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا في
مقابلة ملك اليد ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى ولذا يمنع المولى من التصرف وبالعجز يصير الامر
على العكس فكان تبدلا واليه وقعت الاشارة اي الى التبدل والحل بعد التبدل وقعت الاشارة
النبوية في حديث بريرة مع ان بريرة كانت مكاتبة وذكر المحبوبي وقاضي خان هذه المسئلة على وجهين

٢٢٥

مات م

اما ان يعجز قبل اداء الصدقة الى مولاه او بعده فان عجز بعد الاداء طاب المقبوض بالاجماع لتبدل
الملك كما ذكره في المتن اما اذا اخذ المولى مال الصدقة بعد عجزه وهو غني او هاشمي فعلى قول محمد
يطيب لان المذهب عنده ان المولى يملك اكسابه عند عجزه ملكا مبتدا فتبدل الملك ولهذا وجب
نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر ابنه ظئرا واما عند ابي يوسف فكذلك في الصحيح وان كان قياس
مذهبه يقتضي ان لا يحل لانه لا يتبدل الملك بالعجز عنده بل يتقرر وصار كان الصدقة وقعت من الاصل
للمولى لكن الخبث عنده في فعل الاخذ لا في عين المال كما ذكر في المتن **قوله** يطيب لهما اي للفقير اذا
استغنى وابن السبيل وكذا لو مات الفقير وابن السبيل يحل لوارثهما الغني الصدقة **قوله** واذا
جنى العبد فكاتبه **اعلم** ان المولى لما كاتب العبد ولم يعلم بجنايته لا يكون عقد الكتابة اختيارا
للفداء كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته فاذا علم اختيارا يغرم قيمته كما في البيع لامتناع الدفع بالكتابة
والبيع فاذا زال المانع قبل اسقاط الحق عن الرقبة عاد الحكم الاصلي وهو اما الدفع او اما
الفداء وكذا اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بارش الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع ولا يعلم
فيه خلاف وفي جناية المكاتب يجب الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كما في المدبر وام الولد كذا في
المبسوط **قوله** وان قضي به اي بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته ثم عجز فهو اي قدر
قيمته دين عليه يباع فيه وعند الائمة الثلاثة بالعجز يرد الى الرق فيخير سيده وعند زفر وهو
قول ابي يوسف اولا يباع في قيمته في الفصلين الا ان يقضي المولى عنه لان المكاتب ليس بمحل للدفع
وجنايته لا تتعلق برقبته فوجب ان تصير جنايته موجبة للقيمة بنفس الوقوع كما في المدبر وام
الولد وقلنا الاصل في جناية العبد وجوب الدفع الا ان تعذر التسليم بوجود المانع من الانتقال
من ملك الى ملك والمانع ههنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يجب الانتقال عن
الموجب الاصلي الا بالقضا والرضا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض لا ينقض البيع الا بالقضا
لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع ثابت متقرر لا يقبل الزوال
فوجب القيمة بلا توقف اليه اشار قاضي خان والمحبوبي **قوله** كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب
بفتح التاء وهو العبد المكاتب **قوله** وسبب حق المرء حقه يعني الحرية حق العبد والكتابة سببها
فتكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على اخر دين ومات الاخر وقيل له اي للمكاتب اد
المال الى اخره ولا يعلم فيه خلاف وهذا بخلاف ما لو كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته
الف ثم مات ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي القيمة حالا وكذا ذكر في ما بعده ادى ثلثي القيمة
حالا او يرد رقيقا وههنا يؤديه على نجومه مؤجلا لا حالا لما ان وضع المسئلة ههنا مطلقا فيكون
محمولا على حال الصحة لان ذلك هو المطلق من الاحوال وهناك وضع في المريض والمرض من العوارض
وبه صرح في المبسوط وحاصله ان تصرف المريض لما انحصر في ثلث المال في حق الاسقاط فكذا انحصر
تصرفه في حق الثلث في حق التاجيل فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لان المكاتب لا يورث لانه
مملوك والمملوك يورث فصار كاعتاق الكل وقلنا اضاف التصرف الى ما لا يملكه فيلغو كاحد
الشريكين اذا اعتق نصيب شريكه فانه يلغو وهذا لان المكاتب لا يورث لانه سبب الملك ولا
يملك المكاتب بشيء من اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة والقياس في اعتاق الكل ان لا ينفذ
عتقهم ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لاضافتهم التصرف الى ما ليس بملكهم وانما حكمنا بعتقه
استحسانا لان اعتاق كله يسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن ان يجعل اعتاقه اسقاطا لبدل الكتابة
اذ هو حقهم وقد يجري فيه الارث صونا للكلام عن الالغاء وبراءته عن البدل سبب لعتقه كما

لو ابراه المولى وكما لو قال صريحا ابراتك عن البدل الا ترى انه اذا اعتق بعضه بالتدبير بموت
المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة ولا يصير ابراء عن نصيبه لانا جعلناه ابراء اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم
والعتق بابراء البعض كاداء بعض البدل ولا يجوز ان يثبت الابراء عن الكل لان الكل حق الكل لا حقه اليه
اشار في مكاتب المبسوط شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا وقالت الائمة الثلاثة لا يجوز لان
الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة وان له الحظ لعبده فلا معنى للخيار
وقلنا هو عقد معاوضة فيجوز فيه الخيار كما في البيع وقد بينا الخلاف في بيع المكاتب في البيوع •

كتاب الولاء

ايراد الولاء عقيب الكتابة
ظاهر التناسب لان فيه اثر من اثار المكاتب وهو المرجح لايراده ههنا دون عقيب الاعتاق
ثم محاسن الولاء لا تحتاج الى البيان لانه ثمرة الاحسان وفيه شكر المنعم واتمام الاحسان والولاء
لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وقيل الولاء والولاية
بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق والموالاة لانه عبارة في الشرع عن
التناصر سواء كان بالاعتاق او بالعقد ولهذا قال في المبسوط والمقصود منهما التناصر وقد
كانوا في الجاهلية يتناصرون باسباب منها الحلف والمحالفة فالشرع قرر حكم التناصر بالولاء
وسببه ما ذكر في الكتاب من العتق والعقد وقيل سببه زوال الملك بالحرية باي جهة كان
بجهة الواجب كالعتق للكفارة او بغير جهة كالاعتاق والتدبير والاستيلاد والكتابة وملك
القريب وحكم الولاء الارث كما يجيء ولا خلاف فيه اليه اشار في الذخيرة **قوله** ويسمى ولاء
نعمة ويسمى ولاء العتاقة وولاء النعمة اقتداء بكتاب الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت
عليه اي انعم الله بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق والاية في زيد بن حارثة مولى رسول الله
صلى الله عليه وسلم **قوله** وسببه اي سبب ولاء العتاقة العتق على ملكه كما ذكرنا
باي جهة كان وقوله في الصحيح احترازا عن قول اصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق مستدلا
بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان بملك القريب يعتق ويثبت
الولاء باجماع اهل العلم ولا اعتاق ههنا والصحيح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف
الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق كذا في المبسوط والذخيرة ومعنى قوله عليه
الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق اي بعتقه وكان اولى لتناوله الصورتين وبني على ذلك حكم الارث
بولاء العتاقة باجماع اهل العلم وبالموالاة خلاف اذا ثبت هذا فكل معتق غير حربي يستحق الولاء باجماع
اهل العلم والحربي لو اعتق حربيا ثم خرجا مسلمين لا يستحق ولاءه عند ابي حنيفة ومحمد لعدم صحة العتق
في دار الحرب بل يعتق بالتخلية وعند عامة اهل العلم وابي يوسف يصح ويكون ولاؤه له لانه علق
بالاعتاق والتخلية جميعا وما اختلاف الدين السيد والمعتق الولاء ثابت ولا يرثه عند جمهور الفقهاء
لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وعن احمد فيه روايتان في رواية
لا يرثه كقول الجمهور وفي رواية يرثه وروي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال اهل الظاهر
واحتج احمد بقوله الولاء شعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني ولا يرث النصراني
المسلم لانه لا يصلح له بملكه **قوله** لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق وما
ذكره من المعقول وهو ان ثبوت الولاء باحداث قوة المالكية واراد الرد في المعهود في هذا
يستوي الرجل والمراة والاعتاق بالمال وغير المال **قوله** فان شرط انه سائبة اي شرط
ان لا يرثه ولا يكون له عليه ولاء فالشرط باطل عند جمهور العلماء وعند احمد لم يكن له الولاء عليه

ان عتقه سايبه فلو اخذ من ميراثه شيا رده في مثله وفي المنصوص عن احمد لو خلف مالا ولم يدع
وارثا اشترى بماله رقابا فاعتقهم لان ابن عمر اعتق عبده سايبه فمات فاشترى بماله رقابا
فاعتقهم وقال ملك ومكحول وابو العاليه والزهري وعمر بن عبد العزيز يجعل ولاه لجماعة
المسلمين كذا فعله بعض اصحابه وقال ابن قدامه في المغني ولعل احمد ذهب الى شرا الرقاب
استحبابا لفعل ابن عمر والولا للمعتق وهو قول ابي حنيفه واهل العراق والشافعي والشعبي والنخعي
وابن سيرين وراشد بن سعد وضمره بن حبيب لقوله عليه الصلاه والسلم الولا لمن اعتق فيكون
الشرط مخالفا للنص فلا يصح ولانه عليه السلام جعل الولا لحمه كلحمه النسب اي وصلة كوصله
النسب والنسب لا يزول عن فراش بشرط زواله فكذا الولا ولذلك لما راى اهل بريرة اشترا
ولايها على عايشه فقال عليه الصلاة والسلم اشتريها واشترطي لهم الولا وانما الولا لمن اعتق
يعني اشتراطهم تحويل الولا لا يفيد ولا يزيل الولا عن المعتق وفي المواضع الذي جعل بعض الصحابة
ميراثه لبيت المال او في مثله كالتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كما فعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل
عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن اخذه وقيل في تاويل قوله تعالى ما جعل الله من
بحيره ولا سايبة ان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سايبة لا ميراث ولا عقل بينهما **قوله**
وقد قررنا في المكاتب ان ولاه لمولاه وهو قول عامة الفقها وعن عمرو بن دينار لا ولا على المكاتب
لانه اشترى نفسه من سيده فلم يكن عليه ولا كما لو اشتراه اجنبي وقال مكحول المكاتب اذا اشترط
ولاء مع رقبته جاز وقال قتاده من لم يشترط ولا مكاتبه فللمكاتبه ان يوالي من شا ولنا حديث بريرة
انها مكاتبه فجاءت عايشه فقالت عايشه اعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاك لي فابوا ابوها ان يبيعوها
الا ان يكون الولا لهم فقال عليه الصلاة والسلام اشتريها واشترطي لهم الولا وهذا يدل على ان
الولا كان لهم لو لم تشترها ولان السيد هو المعتق له لانه باع ماله بماله لاخر وقد قال عليه الصلاة
والسلم الولا لمن اعتق **قوله** على معتق الام بكسر التا مقصودا اذا هو اضاف الاعتاق
الى جميع اجزايها والولد جزها ويعتق مقصودا ايضا فلا ينتقل ولاوه عنه لظاهر ما روينا كذا
ذكره شيخ الاسلام **قوله** وهو اي الجنين ليس بمحل للايجاب والقبول **قوله** جر الا
ولا ابنه وهذا قول الفقها والتابعين والصحابة وقال داود والزهري وميمون بن مهران
وحميد بن عبد الرحمن ان الولا لا ينجر عن موالي الام وقد روي عن عثمان وزيد بن ثابت مثل هذا
ودليل لان الولا لحمه كلحمه النسب والنسب لا يزول عمن يثبت له فكذا الولا وللجمهور ان الانتساب
الى الاب فكذا الولا وانما كان ولا الولد لموالي الام ضروره فاذا اعتق الاب زالت الضرورة
فعادت النسب اليه وروي عن الزبير انه لما قدم خيبر راى فتيه لعسا فاعجبه ظرفهم وجمالهم
فسال عنهم فقيل له موالي رافع بن خديج وابوهم مملوك لال الحرقه فاشترى الزبير اباهم فاعتقهم
وقال لاولاده انتسبوا الي فان ولاكم لي فقال رافع بن خديج الولا لي فاحتكموا الى عثمان فقضى
بالولا للزبير فاجمعت الصحابة عليه وهو المشهور من عثمان واما قولهم النسب لا يزول ولا
ينفسخ بعد ثبوته قلنا نعم ولكن حدث ولا اولى منه فقدم عليه كما في الاخ انه عصبه فاذا احدث
ابن لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم الابن عليه • اللعس سواد في الشفتين يستحسنه العرب • والحرقه
بضم الحا المهمله وفتح الرا المهمله قبيله لبطن من جهينه • ومعنى قوله اعجبه ظرفهم اي ملاحتهم •
وقيل كياستهم • من كان بهذا اللون فهو كيس عاده كذا في المبسوط والمغني لابن قدامة والمغرب
قوله عليه الصلاة والسلم الولا لحمة كلحمة النسب اي تشابك ووصله كوصلة النسب لا يباع ولا

يوهب ولا يورث فالولا لا يورث عند جمهور العلما والفقها واصحاب الظاهر وقد شذ شريح
وقال بانه يورث كالمال عن المعتق فمن ملك شيا من الولا حال حياته فهو لورثته وكان بين ابن المعتق
وبنته للذكر مثل حظ الانثيين وعن سليمان بن يسار انه كان مولى لميمونه فوهبت ولاها لابن عباس
وللجمهور قوله عليه الصلاه والسلم انما الولا للمعتق و**قوله** الولا لحمة كلحمة النسب والنسب
لا يورث فكذا الولا ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الاسباب ويحمل حديث ابن يسار ان
ميمونه وهبت لابن عباس ما اصابها من ولاية **قوله** كولد الملاعنه فان ولد الملاعنة
ينتسب الى امه قبل الاكذاب اما بعد الاكذاب الملاعن نفسه ينسب الى الملاعن وان لم يكن الانتسا
اليه فكذا في مسلتنا و**قوله** بخلاف ما اذا اعتقت المعتده الى اخره يتعلق بقوله فاذا
صار اي الاب اهلا عاد الولا اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من سته اشهر ثم اعتق الاب جر ولا
ابنه الا في الامه المعتده عن موت او طلاق حيث يكون ولا الولد لمولى امه وان اعتق الاب لتعذر
اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان باينا فلحرمة
الوطي بعده واما اذا كان رجعيا فلانه لا يصير مراجعا بالشك وهذا لانه لو وطيه في العدة يصير
مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا
عند اعتاق الام فيعتق مقصودا فلا ينتقل وما وقع في بعض نسخ الهدايه فجات بولد لاكثر من ستة
من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لاقل من سنتين كما ذكر في بعض النسخ فانه
ذكر في المبسوط ايضا لاقل من سنتين او لتمام السنتين لان النسب ينسب الى سنتين ومن ضرورته
ان يكون العلوق قبل الطلاق فاما اذا جات لاكثر من سنتين فيكون الولد لمولى الام ويصير مراجعا
لتيقننا ان العلوق حصل بعد الطلاق وان كانت اقرت بانقضا العدة فاذا جات بالولد لاقل
من ستة اشهر بعد ذلك ولتمام سنتين منذ طلق فالولد مولى لموالي الام لانا علمنا بجازفتها في
الاقرار بالانقضا وهي حامل فيستند العلوق الى ابعد الاوقات فلا يصير مراجعا الا ان يكون جات
به لاكثر من سنتين منذ طلق فحينئذ يصير مراجعا لان اقرارها بانقضا العدة صار لغوا حين تيقنا انها
كانت حاملا يومئذ وكان الولا لموالي الاب لانا لم نتيقن بكون الولد موجودا في البطن حين عتقها
ولا يصير مقصودا بالولا الا بذلك فعلم مما ذكر في المبسوط ان الصحيح من النسخ اقل من سنتين
وما وقع في بعض النسخ اكثر من سنتين سهو من الكاتب والحاصل ان العتق متى ثبت قصدا في الولد
لا ينتقل ولاوه الى الاب ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل ولا خلاف لجمهور العلما فيه **قوله**
مقصورا اي على زمان عتق الاب لان سببه وهو عتق الاب مقصور غير مستند الى وقت سابق فكذا
حكمه بل يتبين ان قوم الاب قضوا دينا على موالي الاب فلهذا لا يرجع عاقله الام على موالي الاب
بشي **قوله** مستندا الى وقت العلوق لا من وقت الاكذاب فانه لا يتصور ان لا يكون عند
العلوق ولد لانسان ثم يصير ولدا له بعده فتبين ان النسب كان ثابتا من الاب حين جنى وان
موجب جنايته على عاقله الاب واجبر عاقلة الام على القضا فيرجعون عليهم بذلك **قوله**
ومن تزوج من العجم وفي المغرب العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحا وفي المبسوط
اذا كانت الامه معتقه انسان والاب مسلم نبطي لم يعتقه احد فالولد مولى لموالي الام وكذا ان كان
نبطي كافر ثم اسلم ووالى رجلا فعند ابي حنيفه ومحمد فيكون مولى لموالي الام وعند ابي يوسف في
الفصلين لا يكون الولد مولى لموالي الام ولكنه منسوب الى قوم ابيه لانه كالنسب والنسب الى الابا
وان كان جانب الام اشرف بان كانت عربيه والاب عجميا الا ترى انه لو كان الاب حرا عربيا كان الولد

منسوبا الى قوم ابيه ولا يكون مولى لموالي امه وكذا اذا كان عجميا وفي المغني لابن قدامة اذا كان
الاب حر الاصل فالولد يتبعه ولا يكون عليه ولا وهو قول اكثر اهل العلم سوا كان الاب عربيا او
عجميا وسوا كان مسلما او ذميا او مجهول النسب او معلومه وهو قول ابي يوسف ومالك وابن
سريج من اصحاب الشافعي قال ابن اللبان من اصحاب الشافعي ان كان مجهول النسب ثبت الولا
على ولده لموالي الام ان كانت مولاة وهو ظاهر مذهب الشافعي وبه قال القاضي الحنبلي وقيل
هذا قول ابي حنيفة ومحمد واحمد لكن ذكر في الحلية فان الاب حر الاصل والام معتقة لم يثبت الولا
على الولد سوا كان الاب عربيا او عجميا وقال ابو حنيفة ان كان اعجميا ثبت الولا على الولد وبناه على
اصله في جواز استرقاق عبدة الاوثان من العجم دون العرب فان كان الاب معتقا والام حرة
الاصل فهل يثبت الولا على الولد فيه وجهان احدهما انه لا يثبت والثاني انه يثبت اما اذا كان
الاب مجهول النسب محكوما بحريته بالظاهر والام معتقة قيل يثبت الولا على الولد لمولى الام قال
ابو العباس قياس قول الشافعي لا يثبت كما لو كان معروف النسب وقال ابن اللبان يثبت وهو
قول ابي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضي ثبوته لموالي الام موجود وانما امتنع في محل معروف للتعين
بحرية الاب فاذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول بالشك في
المانع وقلنا الاب محكوم بحريته ظاهرا اذ الاصل في بني ادم الحرية وعدم الولا فلا يترك هذا
الاصل بالوهم في حق الولد فاشبه معروف النسب وهو قول ابي يوسف فقال ابو يوسف في
الفصلين ان الولد منسوب الى قوم ابيه وابوه حر له عشيرة وموالي بخلاف ما اذا كان الاب
عبدا فان العبد رقيق بجميع اجزائه وماؤه جزء منه فانما تثبت الحرية لمائه باتصاله برحمها فكان الولد
مولى لمواليها حتى يعتق الاب وهذا المعنى معدوم واذا كان الاب حرا ولهذا لو كان حرا عربيا يكون
الولد منسوبا الى قوم ابيه ولا يكون مولى لموالي امه بالاتفاق فكذا اذا كان عجميا لان العرب
والعجم في حرية الاصل سوا ولان الرق تلف حكما فاذا كان الاب عبدا يكون هالكا حكما فصار كانه
لا اب له فيكون الولد منسوبا الى موالي امه ضرورة وهذا معنى قول المصنف لانه هالك
معنى **قوله** قوي معتبر فانه ولا بعده حتى اعتبر الكفاءة فيه فالعجم لا يكون كفوا للعرب
ولهذا لا يجوز ابطال حرية العجم بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكانت الحرية والنسب منهم
ضعيفا **قوله** فانهم اي العجم ضيعوا انسابهم ولهذا كان تفاخرهم بالاسلام بعد الاسلام وقبل
الاسلام يفاخرهم بعمارة الدنيا واليه اشار سلمان حين قيل سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام
لا اب لي سواه اذا افتخروا بقيس وتميم فاذا ثبت ضعف النسب في جانب الاب كان هذا وما
لو كان الاب عبدا سوا وكذا لو كان الاب مولى موالاة لان ولا الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة
ولا العتاقة فوجوده كعدمه ولهذا يقبل ولا الموالاة الفسخ دون العتاقة **قوله** وقع
اتفاقا **فان قيل** قوله والنسب في حق العجم ضعيف يؤذن بانهما يرجحان ولا العتاقة
اذا كانت المعتقة معتقة العرب لان الولا لحمة كلحمة النسب والنسب في حق العرب قوي فكذلك
معتقهم يحكي حكاية النسب فكان قويا فيترجح حينئذ معتق العرب على العجم لا مطلق العتق **قلنا**
الضعف والقوة فيما اذا كان في جانب الاب حتى لو كان الاب عربيا والام معتقة انسان فالولا
لقوم الاب بالاتفاق اما في جانب الام فالقوة بمجرد كونها معتقة على نسب ولهذا يظهر القوة
في العتاقة فان من له اب في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان في الحرية على ما مر في النكاح اما في
النسب ليس كذلك فان من له اب في الخلافة والامارة يكون كفوا لمن له ابوان فيها فعلم انهما

٢٢٨

ترجيحا بمجرد ولا العتاقة سوا كان معتق العرب او العجم على نسب العجم **قوله** والترجيح لجانبه
اي لجانب الاب لشبهه اي لشبه الولا بالنسب او لان النصرة اي بقوم الاب اكثر **قوله**
وولا العتاقة تعصيب التعصيب جعل انسان عصبة ومنه قولهم والذكر يعصب الانثى اي يجعلها
عصبة كذا في المغرب **قوله** هو وفي بعض النسخ وهو اي مولى العتاقة اخر العصبات
ومقدم على ذوي الارحام وهو قول جمهور العلما من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وعن ابن
مسعود تقدم ذوو الارحام على مولى العتاقة وروي عن عمر وعلي مثله لقوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وروي انه عليه الصلاة والسلم قال للمعتق في معتقه ان مات ولم يدع
وارثا كنت انت عصبته فقد شرط لتوريثه عدم الوارث وذوو الارحام ورثته ولانه عليه الصلاة
والسلام قال الولا لحمة كلحمة النسب وما يشبه الشي لا يزاحمه ولا يقدم عليه ولنا ما ذكر في الكتاب
من حديث ابن حمزة رواه ابن شداد وروى الحسن انه عليه الصلاة والسلام قال الميراث للعصبة
فان لم يكن عصبة فللمولى ولانه عصبة بالحديث فيكون مقدما على ذوي الارحام كابن العم **قوله**
هو احوك من حيث الدين قال تعالى فاخوانكم في الدين فان شكرك اي بالمجازاة على ما صنعت اليه
فهو خير له لانه يثاب بمقابلة شكره لان شكر النعمة مندوب وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزا
في الدنيا فينقص بقدره من ثوابك في الاخرة وان كفرك فهو خير لك لان ثواب عملك كله في الاخرة
وشر له لان كفران النعم مذموم قال عليه الصلاة والسلم من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله**
بدليل الحديث الثاني وهو حديث ابنة حمزة **قوله** صاحب فرض ذو حال يعني باقي الميراث
بعد الفروض لمولى العتاقة لانه عصبة اذا لم يكن صاحب فرض ذو حال اي سوى حال الفرض حتى
لو كان الاب او الجد مثلا فان له حال سوى حال الفرض وهي العصوبة فالمعتق لا يرث مع وجودهما
بل الاب او الجد ياخذ الباقي بعد فرضه **قوله** على ما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة
والسلم ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته والمراد بالوارث وارث عصبة كما ذكرنا
قوله دون بناته اي بنات المعتق حتى لو مات ولم يترك الا بنت المعتق فميراثه لبيت
المال لا لبنت المعتق في ظاهر الرواية ولكن بعض مشايخنا يفتون بدفع المال اليها في هذا الزمان
لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة وبيت المال في زمن الصحابة والتابعين ولهذا افتوا بدفع
المال للابن او الابنة من الرضاع لا لبيت المال لعدمه كما افتوا اصحاب الشافعي بارث ذوي الارحام
في هذا الزمان لعدم بيت المال كذا في الذخيرة والمصفى وفرائض الاتشنجي **قوله** ليس من
الولا للنسا الا ما اعتقن الى اخره وقد مر ان الولا لا يورث عند الجمهور الا ما شذ شريح في
انه يورث ويعطى لبيت المعتق من ميراثه وهذا خلاف اجماع الصحابة ومن بعدهم **قوله**
فالولا للابن عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي ومالك والثوري والشعبي والزهري وابن المسيب
وعطا والحسن والحكم وقتادة واكثر الفقها وقال ابو يوسف واحمد والنخعي والاوزاعي وشريح
واسحق للاب السدس والباقي للابن لان الاب عصبة كالابن والابن والاب في القرب سوا فيكون
حكم الاب والابن سوا ولنا ان اقرب العصبة الابن ويقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث
المعتق بالنسب فكذا بالولا **قوله** لانه اي الجد اقرب في العصوبة عند ابي حنيفة من
الاخ وهو قول ابي ثور وعند ابي يوسف واحمد ومحمد كلاهما سوا وبه قال الشافعي في قول
لانهما عصبتان فيكون الولا بينهما نصفين كالاخوين وعن مالك ان المال للاخ وهو قول
من الشافعي وكذا روي عن زيد **قوله** وكذا الولا لابن المعتقة دون اخيها وعليه

اجماع الصحابة والتابعين والفقها وما روى عن علي ان امراة ماتت وخلفت ابنها واخيها
او ابن اخيها ان ميراث مواليها لاخيها وابن اخيها دون ابنها فقد رجع علي الى قول الجماعه
يعني ماتت امراة اعتقت عبدًا وتركت ابنًا واخاها ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن
لانه اقرب وعقل جنايه المعتق على اخيها دون ابنها لما روى ان عليا والزبير بن العوام اختصما
في موالي صفيه بنت عبد المطلب فقال علي عمتي انا احق بهم واعقل عنهم وقال الزبير
هم موالي امي وانا ارثهم فقضى عمر بالميراث للزبير وبالعقل على علي وروى احمد بن حنبل
باسناده ان امراه اعتقت عبدا ثم توفيت وتركت ابنا واخا ثم توفي مولاها من بعدها
فاتى اخو المراه وابنها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه الصلاه والسلم
ميراثه لابن المراه فقال اخوها يا رسول الله لو جنى جنايه كانت على وميراثه لهذا فقال
عليه الصلاه والسلم نعم **قوله** لان الولا للكبر اي لاكبر اولاد المعتق والمراد اقربهم منه
نسبا لا اكبرهم سنا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين كبيرا وصغيرا ثم مات المعتق فالولا
بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب كذا ذكره شيخ الاسلام هو
المروى عن عدة من الصحابه اي ان الولا لاقرب النسب وغيرهم مثل ابن عمر واسامة بن زيد
وابو مسعود البدري وبه قال عطا وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي
والنخعي والزهري وقتاده وابن نشيط والشافعي ومالك واحمد والثوري وابو اسحق وابو
ثور وداود واصحابنا ولان الولا انما يستحق بالعصوبة لا بالفرض فيستحقه اقرب العصبات
اليه من حيث النسب لا الاكبر من حيث السن كولاية النكاح يستحق بالعصوبه فيستحقها الاقرب
الى المراة من حيث النسب لا الاكبر من حيث السن

فصل في ولا الموالاة

وقدم ولا العتاقه لانه اقوى وغير قابل للنقل في جميع الاحوال بخلاف ولا الموالاه فان
للمولى ان ينتقل فيه قبل العقل ولان ولا العتاقه مجمع عليه وقد ذكرنا معنى الموالاه لغة
وتفسيره شرعا ما ذكره في الذخيره ان يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي اسلم على يده او لغيره
واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر ولاثبت
احكامه بمجرد الاسلام دون عقد الموالاه ذكره في الذخيرة وجامع التمرتاشي وفي المبسوط
الاسلام على يديه ليس بشرط لصحة العقد وانما ذكر على سبيل العادة وكذا الاسلام على يديه ليس
بكاف لثبوت ولا الموالاه عند اكثر اهل العلم الا ما روى عن الروافض واحمد في روايه
وعن ابرهيم واسحق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد انه عليه الصلاة
والسلم قال من اسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه وعن تميم الداري انه قال يا رسول الله ما السنه
في الرجل يسلم على يدي رجل من المسلمين فقال عليه الصلاه والسلم هو اولى الناس بمحياه ومماته
رواه ابو داود والترمذي وقال لا اظنه متصلا ولانه احياه باخراجه من ظلمة الكفر
لان الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو احياه بالعتق وعلى هذا زعمت الروافض ان الناس
موالي علي واولاده فان السيف بيده واكثر الناس اسلموا من هيبته وفي المبسوط وهذا باطل
لانه تعالى هو الذي احياه بالاسلام ومن عرض عليه الاسلام انما هو نايب عن الشرع فيكون
هو وغيره في حق الله تعالى واين لهم هذا التحكم فان عليا كان صغيرا حين اسلم كبار الصحابة بل
ابو بكر وعمر كانا مقدمين عليه في امور القتال ولكن الروافض قوم بهت وبنا مذهبهم على الكذب
وما رووا من الاحاديث ضعيف وقد روى في حديث تميم الداري اسلم على يد رجل ووالاه

قوله وقال الشافعي الموالاه ليس بشي وبه قال مالك واحمد وهو قول الشعبي لان فيه
اي التوريث بعقد الموالاه ابطال حق بيت المال وذلك لان الارث اما بالقرابه او بالزوجيه
بالنص او بالعتق بالحديث ولم يوجد منها وعند عدم الوارث يكون لبيت المال وفي عقدهما الموالاه
ابطال حق بيت المال فكان تصرفا قصد به تغيير وضع الشرع فلا يصح ولهذا لا يصح على الورثة
فكذا على بيت المال لانه بمنزله الورثه عند عدمهم ولهذا لا تصح الوصيه بكل المال عنده اي عند
الشافعي وان لم يكن للموصي وارث لما فيه ابطال حق بيت المال وانما يصح في الثلث بوتر فوله
عليه الصلاه والسلم انما الولا لمن اعتق فقد انحصر الولا على العتق ولنا قوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم فاتوهم نصيبهم اي من الميراث والمراد به الموالاه وليس المراد بقوله عاقدت ايمانكم القسم
بل المراد الصفقه اذ المعتاد ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما بيمين صاحبه اذا عاقده ويحتمل ان
المراد عقدت اقسامكم اي حالفتم لانهم كانوا يتحالفون على الولا ويسمون حليفا ولم ينسخ هذا
النصب بايه الميراث لان المولى لا يرث الا بعد العصبة والرحم فلا يقع بينهما تعارض ولا تناسخ ولان
الارث على الترتيب في الورثه انما وجبت مراعاته لحق الميت لانه لا يدري ايهم اقرب فتولى الله ذلك
البيان بنفسه وواجبه بالترتيب الذي ذكره في الفرايض حقا له واذا كان كذلك جاز ان يضاف
الى الميت حق البيان فيما لم يتول الله بيانه وهذا الولا اثبات الموارثه من قبله بسبب كالوصيه فالشارع
جعل الوصيه سببا للتوريث فهذا في معناها ولهذا لم ينعقد الا بعد عدم الورثه كما لا تنفذ الوصيه
بما زاد على الثلث لفوت حق الورثه **قوله** وسئل رسول الله عليه الصلاة والسلم والسائل
تميم الداري فانه قال سالت رسول الله الى اخره على ما هو المذكور في الكتاب وعن عمر وعلي
وابن مسعود وابن عباس انهم قالوا بالتوريث بالموالاه ولم يرو عن غيرهم خلافه فحل محل الاجماع
وقولنا قول النخعي وحماد والحكم في الحالين اي بمحياه عقلا وفي مماته ارثا **قوله** والصرف
الى بيت المال ضروره عدم المستحق جواب عن قول الشافعي ان فيه ابطال حق بيت المال يعني الصرف
الى بيت المال لعدم المستحق لا لانه مستحق **قوله** لانه بالالتزام اي الارث او العقل بالالتزام
فلا يصح بدونه والالتزام يحصل بالشرط لو لا الموالاه شرايط منها ان يشترط الميراث والعقل
لان عقد الولا يقع على ذلك فلا بد من ذكره ويتوارثان من الجانبين لانه بالشرط بخلاف ولا العتاقه
فان الاعلى يرث من الاسفل دون العكس لان سببه الاحيا وذا يوجد من الاعلى في حق الاسفل ولا
يوجد من الاسفل في حق الاعلى ومن شرطه اي من شرط الولا الموالاة ان لا يكون المولى من العرب
لان العرب له نصره بعشيرته الى قبيله وذا اكد من نصره الموالاه لانه لا يلحقه الفسخ والاسلام
على يديه ليست بشرط وكذا مجهول النسب عند البعض وذكر في التيسير في تفسيره في سوره النسا ان كونه
مجهول النسب شرط وهكذا ذكر في المحيط ومن شرطه العقل حتى لو اسلم على يد صبي ووالاه
فلا يصح لان الصبي ليس من اهل النصره وليس من اهل الالتزام ايضا وكذا لو والى رجل عبد الم
يجز الا ان يكون باذن المولى لانه عقد التزام بالنصره والعبد لا يملكه بنفسه الا باذن سيده وبالاذن
لا يكون عقده كعقد مولاه ولو والى صبيا باذن ابيه او وصيه يصح لان عبارته اذا كان يعقل
معتبره في العقود باذن وليه فيصح عقد ولايه كالبيع كذا في المبسوط وفي ولا المكاتب روايتان
في رواية يصح ويكون ولاه لمولاه وفي روايه لا يصح لانه عبد ذكره في المحيط **قوله** الا انه
يشترط في هذا اي في فسخ عقد الموالاه **قوله** كما في عزل الوكيل فان عزل الوكيل بدون
علمه يجوز ضمنا لا قصدا فكذا عقد الولا ينفسخ بدون العلم ضمنا لا قصدا ولا يقال في عزل الوكيل

قصد استضرار الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الوكيل وههنا
لو يتضرر احد لانه قبل اداء العقل لانا نقول مجرد فسخ عقد العقد بالترامه ضرر في حقه وهو التزام
الفسخ في حقه فلا يكون الا بمحضره وكان نظير خطاب الشرع فانه لا يظهر حكمه في حق من لا يعلم
كذا في المبسوط ولان في فسخ احدهما بغير علم الاخر اضرار بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل
فلانه ربما يموت فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واذا
كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على مولاه ولو
ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا في الذخيره **قوله** لانه
اي عقد الاسفل مع غيره فسخ حكمي لان اسقاط العقد في حق الاول ضرورة صحة العقد مع
الثاني فصار كالعزل الحكمي في الوكاله وانما جعل صحة العقد مع الثاني فسخا للعقد الاول
ضرورة لان الولاء كالنسب والنسب اذا ثبت من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا الولاء
كذا في المبسوط **قوله** وكذا لا يتحول ولده اي بعد الكبر الى غيره لان ولاء الاب
تاكد بعقل الجناية فتاكد البيع بتاكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول بعد ما عقل فكذا ليس
لولده ذلك اذا كبر كذا في المبسوط **قوله** لانه لازم اي ولاء العتاقة لازم لا يحتمل
النقض لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب واذا لم يبطل فلا ينفذ
عقد الموالاة لان الموالاة ادنى فلا يظهر مع الاقوى الا ترى ان ولاء العتاقة والموالاة
اذا كانا في شخصين يقدم ولاء العتاقة في الارث فدل انه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة
ولو والت امراة رجلا فولدت ولدا لا يعرف ابوه دخل الولد في ولائها معا وكذا ان
اقرت انها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف ابوه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا
يثبت ولاء ولدها من مولاها في الصورتين لان الام لا ولاية لها في ماله ففي نفسه اولى
وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الطفل الذي لم يدر ابوه فتملكه الام كقبول
الهبة وفي المحيط والى ذمي مسلما او ذميا جاز وهو مولاه ولو اسلم على يد حربي ووالاه
هل يصح لم يذكره في الكتاب واختلفوا قيل يصح وقيل لا يصح رجل والى رجلا ثم ولد له ولد
من امراة والت آخر فولاء الولد لمولى الاب وكذا ان والت وهي حبلى بخلاف ما اعتقت
وهي حبلى فولاء الولد لقوم امه كما ذكرنا والله اعلم

كتاب الاكراه

قيل عقب الولاء بالاكراه لمناسبة ان الاكراه لا يوثر في سببه وهو العتق او
لانه لما عقب ولاء العتاقة بالموالاة لقوته شرع في الاكراه لمناسبة بينهما وهو ان الموالاة
عقد يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل والاكراه يغير حال المخاطب وهو المكره من حرمة
المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم المراد من بيان الاكراه والغصب والجنايات بيان
احكامها اذا وقعت ومحاسن حكم الاكراه ظاهرة اذ فيه بيان غاية رافة الله تعالى على عباده
حيث لا يواخذه بسبب الاكراه الصادر من غيره ولهذا جعل مباشرة ما اكره عليه من
الحل الاصلي في بعض المواضع حتى ياثم بتركه وان كانت من المحظورات ثم الاكراه لغة مصدر
اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح اسم منه وشرعا اسم لفعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ان كان ملجيا والا لا يفسد فلا يزول به اهلية
المكره ولا يسقط عنه الخطاب لما انه مبتلى الا ترى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة
وياثم مرة ويوجر اخرى والابتلا يحقق الخطاب كذا في المبسوط وفي الايضاح هو فعل يوجد من

المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وفي الوافي هو عبارة
عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضا وشرطه قدرة
المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان او لصا والذي قال ابو حنيفة انه لا يتحقق الا من السلطان
لان القدرة له لمنعته فقط قالوا الى اخر ما ذكر في الكتاب وشرطه خوف المكره ايضا كما ذكر في
المتن قيل قد ابتلي محمد بتصنيف هذا الكتاب فان ابن سماعة حكى انه لما صنف هذا الكتاب سعى
بعض حساده عند الخليفه وقال انه صنف كتابا وسماك لصا فاغتاظ الخليفه وامر باحضاره
فاتاه الشخص وانا معه فادخله على الوزير اولا في حجرته فعاتبه الوزير في ذلك وانكر محمد
اصلا فلما علمت السبب اسرعت الرجوع الى بيت محمد وتسورت على حائط بعض الجيران لانهم
كانوا سمروا على بابه فدخلت داره ففتشت حتى وجدت كتاب الاكراه فالقيته في جب
الدار لان الشرط احاطوا بالدار قبل خروجي منها فلم يمكنني ان اخرج فاختفيت في موضع حتى
دخلوا وحملوا كتبه الى دار الخليفه بامر الوزير ففتشوه ولم يجدوا شيئا مما ذكره الساعي فندم
الخليفه واعتذر اليه ورده بجميل فلما كان بعد ايام اراد محمد ان يعيد تصنيف الكتاب فلم
يجبه خاطره الى مراده فجعل يتاسف على ما فاته من هذا الكتاب ثم امر بعض وكلائه ان ياتي
بعامل ينقي البير لان ماءها قد تغير فلما نزل العامل في البير وجد الكتاب على اجرة او حجرتنا
من طي البير فسر محمد بذلك وكان يخفي الكتاب زمانا ثم اظهره بعد فعد هذا من مناقب محمد
قوله توعد به اي خوفه كذا في الديوان **قوله** بالحبس اي بالحبس المديد فان حكم
الحبس يوم سيجي فباع واشترى فهو بالخيار **اعلم** ان تصرفات المكره كلها قولا منعقدة عندنا
خلافا لزفر والايمة الثلاثه الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة تفسخ وما لا يحتمل الفسخ
كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد والنذر فهو لازم عندنا خلافا للايمة الثلاثه
قوله صاحب منصب اي ذا جاه يعلم انه يستضر به كالقاضي وعظيم البلد فان مطلق
القيد والحبس اكراه في حقه حتى لو توعد به الاستخفاف وهو رجل وجيه كان ذلك اكراها
وبه قال بعض اصحاب الشافعي ومالك واحمد في رواية وقال في رواية الوعيد ليس باكراه
وعن شريح القيد والوعيد اكراه والضرب والشتم يختلف باختلاف احوال الناس وفي
المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب ما يجد به الالم
الشديد ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما راى انه اكراه ابطل اقراره به
لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس وفي الذخيره ضرب سوط وحبس يوم حتى لو ضربه
سوطا او حبسه يوما يكون مكرها قياسا وفي الاستحسان لا يكون ويكون الاقرار طايعا اذ الانسان
لا يلتزم ضررا الف درهم بحبس يوم او قيد يوم فيترجح جانب الطواعيه في هذه الصورة قال
محمد وليس في ذلك تقدير بل ذلك على حسب ما يرى الامام لان احوال الناس في ذلك متفاوته
فالشرفا والاجلة من العلما والكبرا يستنكفون عن ضرب سوط وحبس يوم اكثر مما يستنكف غيرهم
عن ضرب اسواط ولهذا قال بعض مشايخنا ما ذكر من الجواب في اوساط الناس وفي حق السوقة
حتى لو كان من اشراف الناس لو عرك اذنه في مجلس السلطان يكون مكرها **قوله** وعند
زفر لا يثبت اي الملك لانه موقوف وبيع الموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك كما لو باع بشرط
الخيار وسلم الى المشتري فانه لا يملكه بالقبض فكذا ههنا وكذا عند الايمة الثلاثه الا ان عندهم
لا يكون موقوفا بل باطل **قوله** الا انه لو اجاز جاز اي البيع عند زفر ايضا وعند الايمة

الثلاثة لا ان البيع الباطل لا يتوقف عندهم على الاجازة **قوله** كساير الشروط المفسدة
يعني الرضا شرط بالنص لصحة البيع وقد فات فكان انعدامه كانعدام المساواة في الاموال الربوية
التي هي شرط جواز العقد وسبب الملك للمشتري بالقبض وهذا مثله **فان قيل** لو كان
بمنزلة البيع الفاسد ينبغي ان لا يعود جايزا في الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين واشباهه
وهذا البيع يعود جايزا في اي وقت اجازه فكان نظير الموقوف لا نظير الفاسد **قلنا** بيع المكره
يشبه الموقوف من حيث انه صدر بدون رضا المالك ويشبه الفاسد من حيث عدم شرط جوازه
فلشبهه بالموقوف يعود جايزا في اي وقت اجازه ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد
بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متى اظهرنا شبه الموقوف في حق المالك
ولم يوجب الملك بعد القبض لا يبقى لشبهه الفاسد عمل فيتعطل شبه الفاسد **فان قيل**
بيع المكره دون البيع بشرط الخيار اذ البايع هناك رضي بسببه دون وصفه وهو اللزوم وههنا
البايع غير راض باصل السبب **قلنا** البايع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال لانه
علقه بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله فلا يتم رضاه قبل الشرط فكان اضعف من بيع المكره
لان المكره راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا لانه عرف الشرين
واختار اهونهما فكان قاصدا مختارا لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه **قوله** تصرفا نقضه
كالتدبير والاستيلاد جاز اي تصرف المشتري وكذا الحكم في الهبة فيلزمه القيمة اي يلزم المشتري
القيمة وفي الذخيرة المالك بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته يوم سلمه الى المشتري والموهوب
له وان شاء ضمن المشتري والموهوب له وفي المبسوط والكافي البيع بشرط الخيار يمنع ابتداء الحكم
فلا يمكن القول باثبات الملك فيه وهذا العقد وقع مطلقا وقضية مطلق العقد ان يثبت
الملك الا انه لما كان فاسدا توقف على القبض و**قوله** فانه ينفذ بالاجازة قلنا نفاده
باعتبار شرط المفسد وهو عدم الرضا بسبب الاكراه فاذا ارتفع بوجود الرضى بعد العقد
الا ترى انه لو اجاز بيعا باشره غيره ينفذ فاذا اجاز بيعا باشره بنفسه اولى الا انه لا ينقطع به
حق استرداد البايع وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك بخلاف ساير البيوع الفاسدة
فانه لو اشترى شرا فاسدا باجل او خيار مجهول وباع من آخر لم يكن للبايع الاول حق النقض
لان وجوب النقض لحق الشرع فاذا اشتراه غيره يتعلق به حق المشتري فقد اجتمع حقان حق
الشرع وحق العبد فقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع فاما ههنا فالرد لحق العبد وتداولتها
فيه فلا يبطل حق الاول لحق الثاني وفي الذخيرة البيع حصل بتسليط البايع الاول في البياعات
الفاسدة وههنا ما حصل بتسليط المكره **قوله** ومن جعل البيع الجايز المعتاد بيعا
فاسدا الى آخره اراد به بيع الوفا صورته ان يقول البايع للمشتري بعت هذا منك بما لك علي
من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي من المشايخ من جعله فاسدا باعتبار شرط الفسخ في
البيع فجعله كبيع المكره فيملكه اذا اتصل به القبض وينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد
باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره وهكذا اتفق مشايخ زماننا وعليه الفتوى ومنهم اي من
المشايخ من جعله اي بيع الوفا رهنا كالقاضي الامام السيد الشجاع السمرقندي والقاضي
علي السغدي والقاضي الامام الحسن الماتريدي وشيخ الاسلام عطا ابن حمزه وغيرهم باعتبار
ان غرض العاقدين الرهن والاستيثاق بالدين ولهذا يقول البايع لكل من يلقاه قد رهنت ملكي
عند فلان والمشتري يقول قد ارتهنت ملك فلان والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ كالكفالة

بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة فحينئذ لا يملكه ولا يباح له
الانتفاع به الا باذن المالك وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه
في يده وفيه وفا بالدين اعتبارا اما الهازل وثم اذا تواضعا باصله ثم اتفقا على البنا فان البيع
منعقد لان الهازل مختار راض بالمباشرة للسبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار
الشرط مؤبدا فالعقد فاسد غير موجب للملك ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جايزا قال الامام
نجم الدين النسفي اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعا كان عليه بعض السلف لانهما تلفظا
بلفظ البيع والعبرة للملفوظ دون المقصود كمن تزوج امراة بقصد ان يطلقها بعدما جامعها
صح العقد يعني لم يكن متعة كذا في الفصول للاسروشني وذكر في فتاوى قاضي خان والامام
ظهير الدين والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان كان
ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفا او تلفظا بالبيع
الجايز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك اي فاسد وان ذكرا البيع من غير
شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفا بالميعاد لان المواعيد قد تكون
لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس **قوله** مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع
دون البعض وهو البيع **قوله** حيث يكون الهبة باطلا اي فاسدا فانه ذكر في المبسوط
ثم بسبب الاكراه يفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة
الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فاذا اعتقها او دبرها
او استولدها نفذ لانه في ملكه وعليه ضمان قيمتها **قوله** لان مقصود الاكراه وفي
بعض النسخ مقصود المكره وهو الاصح ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره لا صورة العقد
والاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض فلم يكن الاكراه على البيع اكراها على الاقباض
وكان الدفع عن اختيار منه وهذا دليل الاجازة اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق به الاستحقاق
من غير قبض وكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على
شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به كذا في الايضاح **قوله** فان قبضه
اي الثمن مكرها وعليه رده اي رد الثمن ان كان قايما في يده لان الثمن امانة عند المكره لانه اخذه
باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه
للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان امانة لانه اي المبيع مقبوض بحكم العقد الفاسد فكان
مضمونا عليه بالقيمة **قوله** وللمكره بفتح الراء ان يضمن المكره بكسر الراء لانه اي المكره
آلة له اي للمكره فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان
الغير لا يصح فكانه اي المكره دفع مال البايع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن وقت
سبب الضمان وان ضمن المشتري اي من الغاصب وفي الكافي فان ضمن احد المشترين وقد تناسخته
العقود اي تداولته نفذ كل شرا كان بعد شرايه ولا ينفذ ما كان قبله اي قبل شرا المشتري او
قبل الضمان نفاذ الكل جايزا لان اجازته اسقاط منه لحقه في استرداد المبيع واما المبيع من كل
مشتر انما كان في ملكه لنفسه ولكن توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ والاجازة يسقط
حقه فينفذ البيوع وبخلاف ما لو اجاز المالك في بيع الفضولي واحدا من الاشرية حيث يجوز
ما اجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة
فابطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد باع ملك نفسه اذ بيع المكره يفيد الملك عند

القبض والمانع من بعود الكل حق استرداد المالك فاذا سقط حقه نفذ الكل اليه اشار في المبسوط
فصل لما ذكر حكم الاكراه في حقوق العباد شرع في بيان حكمه في حقوق الله
تبارك وتعالى وقدم حقوق العباد لما ان حق العبد مقدم لحاجته **قوله** بضرب او
قيد لم يحل له اراد بالضرب الضرب الخفيف الذي لا يخاف منه تلف نفس او تلف عضو وفي المبسوط
كل ضرب لا يخاف منه تلف نفس او عضو في اكبر الراي لا يحل له لان غالب الراي يقام مقام
الحقيقة لا طريق الى معرفته حقيقة وقد قال بعض العلما في ذلك ادنى الحد اربعين حتى لو هدد
بما قل من اربعين منها لم يحل الاقدام على ذلك لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير والتعزير
يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا ولكنا نقول نصب المقدار بالراي لا يكون ولا نص في التقدير
ههنا واحوال الناس يختلفه بحكم الضرب فلا طريق سوى رجوع المكره الى غالب رايه فان
وقع غالب رايه انه يتلف نفسا او عضوا حل له الاقدام والا لا وفي الذخيرة ولو هدد بضرب
سوط او سوطين فهو لا يعتبر الا ان يقول لاضربنك على عينيك او على المذاكير **قوله**
انما يباح عند الضرورة فانه تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله الا ما اضطررتم
وقال تعالى فمن اضطر في مخمصة وباجماع العلما الضرورة كما يتحقق بالمخمصة يتحقق بالاكراه
قوله فهو آثم اي في ظاهر الرواية وكذا هذا فيمن اصابته مخمصة وبه قال الشافعي
في الاصح ومالك واحمد في رواية **قوله** وعن ابي انه لا يحنث وبه قال الشافعي في قول
واحمد في رواية وكذا الخلاف فيمن اصابته مخمصة وهذا الخلاف فيما اذا علم انه يسعه
تناول هذه الاشيا في هذه الحالة اما اذا لم يعلم نرجو ان لا ياثم لانه قصد به التحرز عن ارتكاب
المحرم بزعمه ذكره في الذخيرة ووجه المتن ثم الاصل عند ابي يوسف ان الاثم ينتفي عن المضطر
ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال تعالى
فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة لصفة الفامية او
خمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا ياثم لانه تمسك
بالعزيمة وجه ظاهر الرواية حرمة هذه الاشيا مقيده بحالة الاختيار ولا بس حالة الضرورة
وذلك لانه تعالى قال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فقد استثنى حالة
الضرورة عن التحريم والاستثنا من التحريم اباحة ومحل الكلام عبارة عما ورا المستثنى وقد
كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة فبسبب الاباحة حالة الضرورة
فالامتناع من تناوله كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى مات فياثم لانه القى بنفسه في
التهلكة واما صفة الميتة والحرمة بوجب الحرمة لمعنى الرفق بالمتناول وهو ان يمنعه من
استعمال عقله بشرب الخمر وصده عن ذلك وكذا في الميتة والخنزير لما عرف ان للغذا اثرا في
الخلق وبعدي صفة الدميمة والرفق ههنا في الاباحة لان اتلاف البعض اهون من اتلاف
الكل وفي الامتناع عن التناول اتلاف الكل فثبتت الاباحة لهذا المعنى وكذا لو اوعد بقطع
عضوه لان حرمة الاعضا كحرمة النفس تبعا لها كذا في المبسوط **قوله** احرى واولى اي اولى
ان لا يكون اكراها واما ما روى ابن مسعود انه قال ما من كلام اتكلم به يدرا عني ضربتين بسوط
عند ذي سلطان الا كنت متكلما به فانما هو منه على طريق بيان الرخصة فيما فيه الالم الشديد دون
كان سوطين فاما ان يقال ان السوطين الذين لا يخاف منهما التلف موجب الرخصة في اجرا كلمة الكفر
فلا نظن ذلك بعبد الله وانما محمل منه على سبيل المثل لبيان الرخصة عند خوف التلف وقيل

السوطان في حقه كان يخاف منه التلف لضعف بنيته وقد كان بهذه الصفة وهو مشهور كذا في المبسوط
قوله تورى التورية ان تظهر خلاف ما تضمره وفي الحديث ان عليه الصلاة والسلام كان
اذا اراد السفر ورى بغيره وفي الصحاح يقال وريت الخبر اذا سترته واظهرت غيره وقوله
عليه الصلاة والسلام ان عادوا فعد اي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب لا الى
اجرا كلمة الكفر اذ لا يجوز منه عليه الصلاة والسلام الامر باجرا كلمة الكفر كذا في مبسوط شيخ
الاسلام وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر الهتهم بخير فغلط لما ذكرنا انه لا
يجوز له الامر بالتكلم بكلمة الكفر **قوله** لان خبيبا الى اخره وقصته ان المشركين اخذوه
وباعوه من اهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب محمدا وهو يسب الهتهم
ويذكر محمدا بخير حتى قتلوه فقال عليه الصلوة والسلام هو رفيقي في الجنة كذا في شرح الاقطع
ويعرف بهذا ان المثل المذكور في الكتاب بقوله وقال في مثله صلبه او عبارة عن الذات
قوله بخلاف ما تقدم اشارة الى مسئلة الاكراه باكل الميتة وشرب الخمر **فان قيل**
كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى في اجرا كلمة الكفر حالة الاكراه الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان فينبغي ان يكون الاجرا مباحا ايضا **قلنا** الاستثنا في قوله الا من اكره
استثنا من الغضب فمعنى الغضب ولا يلزم من انتفا به انتفا الحرمة فكان رخصة وفي
الكشاف من كفر بالله شرط مبتدا وحذف جوابه لان جواب من شرح بالكفر صدرا دال
عليه كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الا من اكره ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم
غضب من الله وفي التيسير الاية على التقديم والتاخير تقديره الكافرون بالله لا زمن ههنا
بالجمع لانه جنس يحصل بالجمع بعد ايمانهم به الشارحون لقبول الكفر واعتقاده صدورا
فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره على الكفر فانه لا يستحق غضب الله
والعذاب العظيم **قوله** فيما يصلح آلة له هذا احتراز عن الاكل والوطي فان المكره
لا يصلح آلة فيهما اذ الاكل بفم الغير والتكلم بلسان الغير لا يتصور **قوله** والاتلاف
من هذا القبيل اي من قبيل ان يصلح آلة بان ياخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه **قوله**
لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما اذ دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه
في ذلك سوا فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض بخلاف ما اذا اصبر على اتلاف
مال الغير فان دليل الرخصة قايمة وحرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل وقاية
له ولكن اخذ مال الغير واتلافه ظلم وعصمة صاحبه باقية فيه فيبقى حراما في نفسه لبقا دليله
فيكون رخصة اذ الرخصة ما يستباح مع قيام المحرم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع
الظلم ولاقامة حق محترم فصار متابا شهيدا ولو اكره بالضرب والحبس لا يسعه ذلك لانه
لا يوجب الالجا **قوله** والقصاص على المكره بكسر الراي الامر ان كان عمدا وهو
قول ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي في قول وفي النهاية سوا كان الامر عاقلا بالغا او معتوها
او غير بالغ فالقود على الامر كذا في المبسوط في باب تعدي العاقل من الاكراه وان ورد سوال
فقال **فان قيل** لو كان المكره بمنزلة الالة للمباشر في القتل والمكره المامور آلة له لوجب
ان لا يجب القصاص على الامر فيما اذا كان صبيا او معتوها الا انتقال فعل المكره اليه لا يكون
اقوى من مباشرته بنفسه وفيما باشر الصبي العمد لا يجب القصاص عليه وقد ذكر في المبسوط
ان القصاص يجب على الصبي اذا امر غيره بالقتل كما نقلنا من المبسوط **قلنا** لما انتقل فعل المامور

الى الامر اصلا مع وصفه من العقل والبلوغ فصار ذلك بمنزلة جناية الامر بيد المامور في احكام القتل فكذلك لم يعتبر عقل الامر وبلوغه بخلاف ما لو باشر بنفسه لانه لا واسطة هنا فلا يوجد وصف العقل والبلوغ اليه اشار في المبسوط **قال** شيخي العلامة مولانا علاء الدين عبد العزيز رحمه الله ما نقله صاحب النهاية عن المبسوط سهو فانه ذكر في هذا الباب اذا عرفنا هذا فنقول سوا كان المكره عاقلا بالغا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على المكره لان المكره صار كالالة والعقل والبلوغ غير معتبر في حق الالة وانما المعتبر حقيقة الالجا فعلم ان قوله سوا كان المكره بالغا او معتوها بفتح الرا لا بكسرها والدليل الذي ذكره ينادي عليه فتوهمه الشارح بكسر الرا وذلك غير سديد يؤيده ما قال ابو اليسر في مبسوطه ولو كان المكره صبيا او مجنونا لا يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه وذكر الحلواني في مبسوطه ولو كان المامور مختلط العقل او صبيا يجب القصاص على المكره الامر لان فعل القاتل ينقل اليه فيكون الصبي والبالغ في حقه سوا فعلم بهذا ان ايجاب القصاص على الصبي الامر سهو وما ذكره من الفرق بين المباشر والامر غير مسلم لان المنتقل الفعل ووصفه من العمد والخطا لا وصف القايل من العقل والبلوغ الا ترى ان المامور لو كان صبيا او معتوها لا ينتقل وصف الصبا والعته اليه حتى لا يجب القصاص على المكره احيانا لا للدرء في القصاص **قوله** واليه اشار في المبسوط سهو ايضا لانه ذكر ذكر فيه عقيب تلك المسئلة وان كان الامر غير بالغ لكنه مطاع يتحقق منه الاكراه او كان مختلط العقل ولكنه يتحقق منه الاكراه فان الفعل يصير منسوبا اليه ويكون ذلك بمنزلة جنايته بيده في احكام القتل فالضميران يرجعان الى الامر الذي هو الصبي والمعتوه فظن ان الضمير في بيده يرجع الى المامور حيث قال فصار ذلك بمنزلة جناية الامر بيد المامور وهو سهو بل بيد ما ذكرنا بل معناه ويكون ذلك بمنزلة جنايته بنفسه **قوله** وقال الشافعي يجب عليهما وبه قال مالك واحمد وزفر في رواية وعن زفر انه يجب على المكره المامور فقط لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وهو ظاهر وعيان ومن انكر الحس لا يعبا به وكذا شرعا فانه تقرر عليه حكمه وهو الاثم بالاجماع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير كما ذكره في الكتاب فاذا وجد الفعل منه حقيقة وحسا وشرعا يكون القصاص عليه اذ القصاص يجب على القاتل وهذا يتمسك الشافعي في وجوب القصاص على المكره منه اي من المكره الامر حيث احدث فيه معنى كان حاملا له على القتل وللتسبيب في هذا اي في وجوب القصاص حكم المباشرة عنده اي عند الشافعي كما في شهود القصاص يعني لو شهدوا بالقتل العمد حتى اقتص القاتل ثم رجع الشهود او جا المشهود بقتله حيا يقتل الشهود عند الشافعي وهذا لان حكمة وجوب القصاص الزجر والردع والقتل غالبا يقع بالاكراه من المتغلبة والاكابر فلو لم يوجب القصاص لانسد بابه في موضع تكون الحاجة الى ايجابه الزم **قوله** نظرا الى التاثيم فان المكره القاتل ياثم بالاجماع نظرا الى الحمل اي حمل المكره عليه وصار مدفوعا الى القتل ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت الشبهة في الجانبين فلا يجب القصاص **قوله** محمول على القتل بطبعه لانه جبل على حب حياة نفسه وايثارها على حياة غيره فيفسد اختياره ملحق بالالة التي لا اختيار لها وينسب الفعل الى من افسد اختياره وحمله على هذا الفعل كالسيف يقطع بطبعه والفعل منسوب الى الضارب فيكون المكره الة كالسيف فيما يصلح الة له وهو القتل فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة الا ترى الى قوله تعالى يذبح

قوله ح

ابناءهم فقد نسب الذبح الى اللعين وما كان يباشر صورة ولكنه يامر به وامره الاكراه ولا يصلح الة في الجناية على دينه لان القتل من حيث انه موجب الماثم جناية على دين القاتل لانه انما اكرهه ليجني عليه دينه فلو اضيف اليه لصار جناية على دين المكره وفيه بطلان الاكراه فيبقى الفعل من حيث كونه جناية على دينه مقصورا على المكره ومن حيث الاتلاف منقولا الى المكره لانه يصلح الة له كما في الاكراه على الاعتاق ينقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره ومن حيث الاعتاق بقي مقصورا على المكره حتى يكون الولاء له وصار كاكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فانه يصير الة من حيث الاتلاف ولم يصر الة من حيث الذكاة حتى لا يحل تناوله **قوله** في الكتاب وصار كاكراه المجوسي من قبيل اضافة المصدر الى المفعول لان المجوسي مكره وقد صرح به في الايضاح هو كما لو اكره مجوسيا على ذبح شاة الغير **فان قيل** لو كان المامور محمولا على القتل بطبعه لايثار حياته ينبغي ان يسقط القصاص عمن اصابته مخمصة وقتل انسانا واكل لحمه حتى يبقى حيا لانه مضطر في دفع الهلاك عن نفسه بقتل الغير كالمكره وحيث يجب القصاص فما الفرق **قلنا** هذا الذي تشبث به زفر وانما اسقطنا القصاص عن المكره لانه ملجا من جهة الغير وصار الة له فاما المضطر غير ملجا الى القتل من جهة غيره حتى صار بمنزلة الالة ولهذا يجب الضمان عليه في المال فعلم ان حكم الفعل مقصورا عليه في المخمصة **قوله** خلافا للشافعي وبه قال مالك واحمد وقد مر في فصل طلاق المكره والسكران وفي فتاوى قاضي خان اكره بوعيد القتل على الطلاق والعتاق فلم يفعل حتى قتل لا ياثم كما لو اكره على اتلاف مال نفسه فلم يتلف كان شهيدا فكذا في الامتناع عن ابطال ملك النكاح فله ان يضمنه اي فللمكره المامور ان يضمن الامر موسرا كان او معسرا لان وجوب الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون ضمان جبران فلا يختلف باليسار والاعسار **قوله** لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة فان المستسعى كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان السعاية عندهما لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظير له في الشرع لتعلق حق الغير اشاره الى عتق المريض عبده وعتق الراهن عبده المرهون فانه تجب السعاية على العبد فيهما ان كان معسرا لتعلق حق الغير به وفي الذخيرة مسئلة الاعتاق والطلاق على ثلاثة اوجه **الاول** ان يقول المكره خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا الانشا يعتق العبد قضا لا ديانة ولا يضمن المكره شيا لانه عدل عما اكرهه وعتق العبد باقراره طايعا **والثاني** ان يقول خطر ببالي الاخبار كاذبا وتركت ذلك واردت عتقا مستقلا كما طلب مني فيعتق العبد حينئذ قضا وديانة وهو ظاهر ويكون المكره ضامنا لعدم عدوله عما اكره **والثالث** ان يقول لم يخطر ببالي شي وقد اعتقت كما طلب مني فالجواب فيه كالجواب في الوجه الثاني والجواب في الاكراه على الطلاق وقد سمى لها مهرا قبل الدخول كالجواب في الاكراه على عتق العبد في الوقوع ورجوع الزوج على المكره الا في الطلاق الرجوع بنصف المهر وفي الاعتاق بقيمة العبد **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها حيث لا يضمن المكره على الطلاق شيا كما في الرجوع عن الشهادة بالطلاق بعد الدخول وبه قال مالك واحمد وعند الشافعي يضمن مهر المثل كما في الشهادة لان ملك البضع مضمون بمهر المثل عند الاتلاف عنده كما هو مضمون به عند دخوله في ملك النكاح وجوابه مذكور في الاصول وفي الكافي اكرهه على اعتاق نصف عبده فاعتق كله فهو مختار ولا شي على المكره عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزى عنده وعندهما يضمن المكره قيمة العبد

من ح

هه

لانه لا يجزى عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكره ان يعتق كله
فاعتق نصفه يضمن نصف قيمته عنده لانه اتى ببعض ما اكره عليه فكان حكم الاكراه ثابتا فيما اتى به
وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق الكل **قوله** جاز استحسانا اي يقع الطلاق
والعتاق بفعل الوكيل وفي القياس لا يقع وبه قالت الائمة الثلاثة لان القياس ان لا تصح الوكالة
بالاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا فلا لانهما يفسدان الرضى
والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه **قوله** والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها
من الاسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم تبطل الوكالة نفذ تصرف الوكيل
ثم يرجع المكره على المكره بقيمة العبد وبنصف المهر استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان
الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف
الاتلاف عليه كما لو شهدا بوكالة فلان بعتق عبده فاعتقه الوكيل ثم رجعا فانهما لا يضمنان
فكذا ههنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال
مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه
الاكراه حتى لو اكرهه بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صلاة او صوما او حجا او
شيئا يتقرب به الى الله تعالى فنذر لزمه المنذور وكذا لو اكرهه على اليمين بشيء من ذلك او بغيره
فحلف صح يمينه عندنا خلافا للائمة الثلاثة لانه اي النذر لا يحتمل الفسخ لانه يمين لقوله عليه الصلوة
والسلام النذر يمين واليمين لا يحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق لما ان اثر
الكره في فوات الرضا واثره في عدم اللزوم فما لا يتاتى فيه الفسخ لا يتاتى فيه اثر الاكراه فلا
يؤثر فيه الاكراه والاصل فيه حديث حذيفة ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر
رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
عليه الصلاة والسلام اف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى وقد بينا ان اليمين والطلاق والعتاق
سوا في ان الهزل لا يؤثر والجد فيه سوا وهذا لان فيه منع نفسه عن شيء او ايجاب شيء على نفسه
بحق الله تعالى فيكون في معنى الطلاق والعتاق الذي يتضمن تحريم الفرج حقا لله تعالى فيستوى فيه
الكره والطوع والنذر يمين لما روينا ولا يرجع على المكره بما يلزمه من ذلك لانه اوجب
عليه حكما يطالب به في الاخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالزام فلو اوجبنا عليه الضمان
لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز كذا في المبسوط **قوله**
والظهار يعني لو اكرهه ان يظاهر من امراته كان مظاهرا ولا يقربها حتى يكفر لان الظهار من اسباب
التحريم كالطلاق فيستوى فيه الجد والهزل والاكراه والطوع خلافا للائمة الثلاثة وكذا الرجعة
لانه استدامة للنكاح فكانت ملحقة به وكذا الايلا لانه يمين في المال والاكراه لا يمنع كل واحد
منهما وكذا الفيء منه اي في الايلا باللسان لانه كالرجعة في الاستدامة لانها اي الرجعة والايلا
والفيء يصح مع الهزل فلا يؤثر فيها الاكراه والخلع من جانبه اي من جانب الزوج طلاق او يمين فلا
فلا يؤثر فيه الهزل فالاكراه يمنع وقوع الطلاق بغير بدل فكذا بالجعل فلو كان اي الزوج مكرها
على الخلع والمراة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته طائعة بازاء ما سلم لها من البينونة وفي
المبسوط لو اكرهه على ان يكفر ظهاره او غيره ففعل لم يرجع بذلك على المكره لانه امره بالخروج عن
عهدة ما لزمه حسبة وما اتلف عليه شيئا بغير حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه عن ظهاره ففعل
عتق وعلى المكره قيمته لانه صار متلفا عليه مالية العبد اذ لم يكن عتق هذا العبد المعين مستحقا

عليه بل المستحق ما وجب في ذمته يؤمر بالخروج عنه فيما بينه وبين الله تعالى وذلك في حق العين
كالمعدوم فيلزمه قيمته ولا يجزئه عتقه عن كفارته لانه في معنى العتق بعوض ولو قال انا ابرئه
من القيمة حتى يجزيني من الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعده
ابراء عن الدين وبالابراء لا يتادى الكفارة ولو قال اريد به كفارة الظهار ولم اعتقه لاكراهه
عجزته عن الكفارة ولم يرجع على المكره بشيء لانه اقر انه اعتقه طائعا **قوله** الا ان يكرهه
السلطان اي حينئذ لا حد على المكره وقد مرت المسئلة مع فروعها في كتاب الحدود **قوله**
لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم بالكفر والاكراه
دليل عدم تغير الاعتقاد فلم يحكم بالردة فلم تبن امراته منه وهذا معنى قوله وفي اعتقاده الكفر
شك فلا تثبت البينونة بالشك يعني الردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاده
الكفر فلا تثبت الردة بالشك احتياطا **قوله** استحسانا قيد به لان في القياس القول
قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق فيستوى فيه الطائع
والمكره وجه الاستحسان ان اللفظ غير موضوع للفرقة بل تقع الفرقة بتغير الاعتقاد والاكراه
دليل على عدم تغير الاعتقاد فكان الزوج منكرا للفرقة كذا في الايضاح **قوله** لما احتمل
واحتمل يعني لو اكره الكافر على الاسلام يحكم باسلامه لانه وجد احد الركنين وفي الركن الثاني
احتمال اي احتمل الاعتقاد واحتمل عدم الاعتقاد رجحنا الاسلام في الحالين اي في حالة اجرا
كلمة الكفر بالاكراه وحالة الاكراه بالاسلام احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهذا اي
الحكم بالاسلام بيان الحكم اما ديانة اذا لم يعتقد فليس بمسلم **قوله** لتمكن الشبهة
لاحتمال عدم الردة لان الردة تحصل بتبدل الاعتقاد وهو محتمل اي الشبهة دارئة للقتل
قوله اخبرت عن امر ماض يعني خطر ببالي بقولي كفرت بالله ان اخبر عن امر ماض كذبا ولم
اكن فعلت ذلك فيما مضى بانت منه امراته حكما لا ديانة وفي المبسوط والذخيرة هذه المسئلة على
ثلاثة اوجه احدها ان يقول قد خطر ببالي ان اقول لهم قد كفرت بالله واريد الخبر عما مضى
كذبا بانت امراته حكما لانه اقر انه اتى بغير ما اكره اذ هو اكره على انشا الكفر وهو قد اتى بالاقرار
به وكان طائعا في هذا الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا بانت منه امراته قضاء لا ديانة والثاني
ان يقول خطر ببالي الاخبار عن الكفر الماضي والكذب ولكن لم ارد ذلك بل اردت كفرا مستقبلا
جوابا لكلامهم وهذا كافر تبين امراته قضاء وديانة لانه لما خطر بباله قد تمكن من الخروج عما
ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فلم يفعل ذلك وانشا الكفر كان بمنزلة
اجرا كلمة الكفر طائعا فيحكم بكفره قضاء وديانة والثالث ان يقول لم يخطر ببالي شيء ولكن كفرت
بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن لم تبن امراته منه استحسانا لانه لما لم يخطر بباله سوى ما اكره فقد
فعل ما فعل مضطرا مكرها وهو مرخص في ذلك اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان **قوله** وعلى
هذا اذا اكره على الصلاة للصليب معناه ان يسجد له او اكره على سب محمد عليه الصلاة والسلام
وهذه المسئلة على ثلاثة اوجه ايضا ففي الوجهين لا يكفر قضاء وديانة اذا لم يظهر به وفي وجه
واحد يكفر مطلقا فانه اذا لم يخطر بباله شيء لم تبن منه امراته وان خطر بباله ان يصلي لله وقد صلى
لله لا للصليب وهو الوجه الثاني لا يكفر ايضا قضاء وديانة فاذا نوى ان يصلي لله وهو مستقبل
القبلة او غير مستقبل للقبلة ينبغي ان يقصد ذلك لان الصلاة غير مستقبل القبلة تجوز عند
الضرورة والاعمال بالنيات فان ترك هذا بعد ما خطر بباله وصلى للصليب كما اكره عليه كفر

قضاء وديانة وهو الوجه الثالث وبانت منه امراته لانه امكنه دفع ما اكره عن نفسه فاذا لم يفعل كان مختارا للكفر وفي المبسوط هذه المسئلة تدل على السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر **قوله** وسب محمد عليه الصلاة والسلام على ثلاثة اوجه ويعلم بهذا ان قوله بانت منه قضاء لا ديانة فاما اذا اظهر نيته وقال نويت به الصلاة لله ومحمد اخر غير النبي لان القاضي لا يقبل نيته وقد اتى بغير ما امر به فكان ظالما ظاهرا ونيته باطنه فيقبل ديانة **قوله** لما اقر اشاره الى قوله لانه يهتدي بالكفر هازلا به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر بباله شتم محمد النصراني فقد وجد مخرجا عما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر بباله وشتم محمدا النبي عليه الصلاة والسلام فقد كفر لانه غير مضطر في موافقة المكره وشتم محمد بلا اضطرار كفره

كتاب الحجر

اورد الحجر بعد الاكراه لما ان فيهما سلب الاختيار الا ان الاكراه اقوى لان فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر فكان احق بالتقديم ومحاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع الاذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قولهما وحجر المريض عن التصرف في كل ماله وحجر الراهن عن التصرف في الرهن وحجر العبد لحق المولى ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنعه عن القبائح قال تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل وسمي الحرام حجرا لانه ممنوع قال تعالى حجرا محجورا اي حراما محرما وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر باي سبب والحجر مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال تعالى وابتلوا اليتامى وقال تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الاية **قوله** واسباب الموجبة الحجر الى اخره **اعلم** ان الله تعالى خلق الورى ومیزهم في الحجر وجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي والرقيق لانه عجز حكمي فانبت الحجر على هولاء نظرا فكان مصادر هذه الاشياء سببا للحجر وهذه الثلاثه سبب للحجر باجماع العلماء وفي ان السفه والفلس سبب الحجر اختلاف كما يجي وحكي عن ابي حنيفه انه الحق بهذه الثلاثه ثلاثه اخر وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس **قوله** تصرف المجنون المغلوب وهو الذي لا يعقل زمانا بحال اي في كل الاحوال اي لا ينعقد اصلا لانه عدم العقل ويحترز به المجنون الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل على ما يجي متوقف الى اجازة الولي **قوله** ترتيب اهليته بضم التاء على بناء المفعول ورفع اهليته اي لنتظر اهليته **قوله** ومن باع من هولاء شيئا وفي بعض النسخ او اشترى ايضا كما ذكر القدوري لكن اكثر نسخ الهدايه بدون او اشترى والمراد الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وهو يعقل البيع او يعلم ان الشراء جالب للملك والبيع سالب له ويقصده اي يقصد البيع لافادة هذا الحكم الذي ذكرنا لكون الشراء جالبا والبيع سالبا وهذا احتراز عن بيع الهازل فان بيعه ليس لافاده هذا الحكم فالولي وهو الاب او الجد او وصيهما او غيرهما من العصبات او القاضي فهذا التصرف ينعقد عندنا وينفذ باجازة الولي خلافا للائمه الثلاثه فانه لا ينعقد عندهم وكذا الخلاف اذا توكل بالبيع والشراء غيره فباع واشترى يجوز عندنا خلافا لهم وقد مر في الوكالة **قوله** فيتحرى اي يطلب الولي مصلحتها لانه مرد لها اي للافعال لان الاتلاف بعد حصوله لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف فانه لو قطع او قتل او اراق شيئا لا يمكن ان يجعل القطع والقتل والاراقة كالعدم

قوال

لانه يلزم ان لا يكون المقتول مقتولا وهو دخول في السوفسطائيه وانكار الحقائق بخلاف الاقوال لان اعتبارها اي اعتبار الاقوال موجوده بالنصب على الحال و **قوله** بالشرع خبر لان يعني اعتبار اقوال هولاء بالشرع والشرع لم يجعل اقوالهم فيما يتردد بين النفع والضرر معتبره في حق النفاذ وهذا لان الاقوال اما انشاآت او اخبارات فاما الانشاآت كالطلاق والاعتاق والبيع والهبه ونحوها لا يوثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع واما الاخبارات كالاقارير والشهادات فموجبيتها عرفت شرعا لانها دلالات عن المخبر عنه فيجوز ان لا يقع دلالة لاحتمالها الصدق والكذب بذاتها لان القصد شرط اعتبار القول اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهما قصد اما اعتبار الفعل فلا يتوقف على القصد كالنائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه يضمن وان عدم القصد و **قوله** الا اذا كان استثناء من قوله دون الافعال اي الا اذا كان ذلك الفعل مما يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فحينئذ يجعل عدم القصد في ذلك شبهه في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقه وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل اما في حق العبد فللزوم الضرر في حق المولى من غير اختياره فلذا يتوقف على اجازته **قوله** لا يصح عقودهما اي لا ينعقد عندنا ولكن ينعقد موقوفا على اجازة الولي خلافا للائمة الثلاثة على ما مر **قوله** لا يتوقفان اي الطلاق والعتاق على اجازته اي اجازة الولي ولا ينعقد ان بمباشرته اي بمباشرة الولي و **قوله** على ما بينا اشاره الى قوله بخلاف الاقوال الى قوله والقصد من شرطه **قوله** فاقراره اي اقرار العبد نافذ في حق نفسه حتى يواخذ به بعد العتق **قوله** وكذلك من تعلق الدين برقبته او كسبه اتلاف مال المولى واقرار الانسان لا يقبل على غيره الا لولاية ولا ولاية للعبد على المولى اما يوخذ به بعد الحريه لتحقق الاهليه بالعقل والبلوغ واسقاط المانع ولم يلزمه في الحال لتحقق المانع **قوله** لانه اي في الحال لانه اي العبد مبقى على اصل الحريه في حق الدم والحياه لانهما من خواص الانسانيه وليس هو بمملوك من حيث انه ادمي بل كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما واذا بقي على اصل الحرية فيهما نفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني والضمني لا يعتبر **فان قيل** قوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص **قلنا** لما بقي على اصل الحريه فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيره يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار بالمال لان النص لم يتناوله اذ اقراره بالمال في حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه **فان قيل** يحمل النص على الحر دفعا للتعارض **قلنا** يحمل الاثر على غير هذه الصوره دفعا للتعارض والخلاف للائمه الثلاثه في صحه اقرار العبد في الحدود والقصاص **قوله** لما روينا اشاره الى قوله عليه الصلوه والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه **قوله** تنفذ اي طلاقه لانه يختص بالانسانيه وكان كالحر

باب الحجر للفساد

لما ذكر الحجر المتفق عليه شرع في بيان الحجر المختلف ولان الحجر الاول بالعوارض السماويه وهو الصغر والجنون والرق لانه حبس عليه بدون اختيار العبد شرع في بيان الحجر المثبت باختيار العبد والسماوي مقدم على المكتسب ومسائل هذا الباب مبنية على قولهما لا على قول ابي

عتاق

لعولدم

حنيفه لانه لايرى الحجر للفساد والسفه **اعلم** ان الحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه والدين والفسق والغفلة عندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي يجوز بالكل وبه قال ملك واحمد والسفيه غير المعتوه فان المعتوه ناقص العقل والسفيه كامل العقل الا انه لايجرى على موجب عقله وفي المبسوط هو العمل بخلاف موجب الشرع والعقل لاتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقه وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض لا يعده العقلا من اهل الديانه غرضا مثل دفع ماله الى المغنى واللعابين وشرا الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة واصل المسامحه في التصرفات البر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا الايه **قوله** لانه اى السفيه مبذر ماله بتصرفه على وجه يقتضيه العقل والحكمه الى اخره وفي حقه اى في حق السفيه حقيقه اى حقيقة التبذير ولهذا منع عندى من السفيه المال بالنص بقوله تعالى ولا تؤتوا السفها اموالكم فاذا منع عنه المال بطريق النظر له فكذا الحجر عن التصرف له وهذا لان منع المال غير مقصود لعينه بل لابقا ملكه ولا يحصل هذا المقصود متى يطلق في التصرف لانه يقربه لغيره ويبيعه بغبن فاحش ويامر الولى بالتسليم اليه وكذا الحجر بالفسق نظر اله مثل ان يجمع اهل الشراب والفسوق في داره فيطعمهم ويسقيهم ويفتح باب الجايزة عليهم او في الخيرات بان تصرف جميع ماله في بنا المسجد واشباه ذلك فيحجر عليه القاضي نظرا له وكذا من فيه غفله فكان سليم القلب لا يهتدى الى التصرفات فيحجره القاضي نظرا له **قوله** ولابي حنيفة انه اى السفيه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه كالرشيد ولا يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ومع ذلك يحجر عليه لان المخاطب المطلق يتناول الكامل منه والعبد ليس بمخاطب كامل لما ان خطابات الماليه ساقطه عنه وبعض خطابات غير الماليه ايضا كالحج وصلاة الجمعه والعيدين وخطاب الشهادة او المراد بالمخاطب المخاطب بالتصرفات الماليه بدلالة محل الكلام لانه في الحجر عن التصرفات الماليه وهذا اى الحجر سلب ولايته وفيه اهدار ادميته وحريته فان الحريه اماره المالكيه والخطاب اماره القدره على التصرفات لانه دليل اعتبار عقله وهو دليل القدره على التصرف لان التصرف كلام ملزم واعتبار الكلام بالتمييز واللزوم بالخطاب فكان في ابطال ولايته اهدار ادميته والحاقه بالمجانين والبهايم فلان يكون فيه نظر بل الضرر فيه اعظم من ضرر التبذير لان الانسان انما يبان من ساير الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات ولا يتحمل الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى بل يدفع الاعلى بالادنى حتى روى عن ابي حنيفة انه يجوز الحجر على المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس لان فيه دفع الضرر الاعلى وهو الضرر العام بالضرر الخاص اذ المفتى الماجن الذي يعلم الناس الحيل الباطله مثل ان يعلم المراة حتى ترتد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالى ان يحرم حلالا او يحل حراما يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فانه اذا ماتت دابته في الطريق وليس له اخرى ولا يمكنه شرا اخرى ولا الاستيجار يؤدي الى اتلاف اموال الناس فيدفع الاعلى بالادنى **قوله** ولا يصح القياس الى اخره جواب عن قياس الخصم حيث اعتبره بمنع المال لان منع المال ثبت غير معقول المعنى اذ منع المال عن المالك والملك مطلق التصرف غير معقول ولانه اى منع المال عقوبة شرعت زجرا له عن التبذير فلا يحتمل المقايسة لان الحجر ابلغ من منع المال في العقوبه وقيل هذا يلزم على الشافعي لانه يرى الحجر عليه عقوبه اما عندهما الحجر عليه نظر اله وقيل هذا على طريق بعض مشايخنا حيث قال

ان المنع

ان المنع بطريق العقوبه ولان اليد للادمى على المال نعمه زايده والاطلاق اللسان في التصرفات الاصلية اصليه فلا يقاس ابطال اعلى النعمتين على ادناهما **قوله** ولا على الصبى اى لا يصح قياسه على الصبى لان الصبى لما كان عاجزا عن النظر لنفسه احتجنا ضرورة الى صيرورة الغير وليا والمولى عليه لا التصرف اما السفيه قادر على النظر لنفسه لكمال عقله وان كان يعدل عن سنن العمل بهواه ومنع المال عنه مفيد لان قبل المنع يتلف ماله بيده ولسانه وبعد المنع لا يتلف الا بلسانه ولان التبذير انما يكون في الهبات والصدقات غالبا ولا يتم ذلك الا بالقبض ولا قبض الا باليد ولا يد مع المنع **فان قيل** جعل الله للسفيه وليا في قوله تعالى فليملل وليه بالعدل **قلنا** السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من اهل التاويل وفي المبسوط وابو حنيفة استدل بقوله تعالى ولا تاكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا فقد نهى عن الاسراف والبدار في ماله مخافة ان يكبر فلا يبقى له عليه ولاية والتنصيص على زوال ولايته عنه بعد ما لكبر تنصيص على زوال الحجر عنه بالكبر لان الولاية عليه للحاجه وانما تنعدم الحاجه اذا صار هو مطلق التصرف **فان قيل** ما جواب ابي حنيفه عما تمسك الخصم من النصوص والاثار فقد تمسك بقوله فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا تنصيص على اثبات الولاية على السفيه وانه لا يصير موليا عليه الا بعد الحجر وقوله تعالى ولا تؤتوا السفها اموالكم الى ان قال واكسوهم فهذا تنصيص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر وقد روى ان عبد الله بن جعفر كان يفنى ماله في اتخاذ الضيافات حتى اشترى دارا للضيافه بمايه الف درهم فبلغ ذلك عمه علي بن ابي طالب فقال لاتين عثمان ولاسالنه ان يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجا الى الزبير واخبره بذلك فقال اشركني فيها فاشركه ثم جا علي الى عثمان وساله ان يحجر عليه فقال عثمان كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجاره فاستدل برغبته في الشركه على انه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وروي ان عايشه كانت تتصدق بمالها حتى روى انه كان لها رباع فهمت ببيعها لتتصدق بثمنها فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لتنتهين عايشه عن بيع رباعها او لاحجرن عليها **قلنا** قيل المراد بالسفيه في الايه المجنون والصغير لان السفه لغه عبارة عن الخفة وذلك بانعدام العقل او نقصانه وكذا احمل السفيه عليهما في قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها وعليه اكثر اهل التاويل والمراد من النهي في قوله تعالى ولا تؤتوا السفها اموالكم نهي الازواج عن دفع المال الى النسا وجعل التصرف اليهن كما كانت العرب تفعله الا ترى انه قال اموالكم وذلك يتناول المخاطبين بهذا النهي لا اموال السفها واما حديث عبد الله ابن جعفر فدليلنا لان عثمان امتنع من الحجر عليه مع سوال علي واكثر ما فيه انه لم يكن في ذلك التصرف غبن لرغب الزبير في الشركه ولكن المبذر ان يتصرف تصرفا واحدا على وجه لا غبن فيه فانه يحجر عليه عند الخصم فلما لم يحجر عليه مع ثبوت التبذير في غيره دل ان ذلك من علي على سبيل التخويف وحديث عايشه دليلنا ايضا فانه لما بلغها قول ابن الزبير حلفت ان لا تكلم ابن الزبير ابدا فلو كان الحجر حكما شرعا استجازت لهذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وهذا تبين ان ابن الزبير انما قال ذلك كراهة ان تفنى مالها فتبتلى بالفقر فتصير عيالا على غيرها بعد ما كان يعولها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمصير الى هذا اولى لئلا يكون ابعد من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة كذا في المبسوط **قوله** لان الحجر منه اى من القاضي فتوى وليس بقضا هذا جواب سوال ذكره في الذخيره **فان قيل** تصرف المحجور

عليه بالسفه يعني ان لا ينفذ عند ابي حنيفة بعد ما قضى القاضي عليه بالحجر لان جواز تصرف السفيه بعد الحجر مختلف فيه ونقض القاضي يصير متفقا **قلنا** نعم اذا كان قضاؤه بحجره لم يكن فتوى وهذا فتوى وليس بقضاء لانه لم يثبت بهذا القضاء ما ليس بثابت بل بين ما كان ثابتا فانه كان محجورا عليه قبل القضاء متى كان مفسدا لماله وهو حد الفتوى ولهذا لا بد للقضاء من المقضي عليه وله لانه لقطع المنازعة فلا بد من منازعة حتى يقطع فيكون هذا فتوى عند محمد وعند ابي يوسف ومن تابعه وان كان يحتاج الى القضاء ليصير محجورا عليه فنفس القضاء مجتهد ومتى كان نفس القضاء مجتهدا فيه يحتاج الى امضاء غيره كما مر في كتاب القضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال امضائه به فلا يقبل النقض بعد ذلك **قوله** نفذ ابطاله اي ابطال القاضي الثاني ولو روي نفذ بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني لانه حكم بنفاذه كذا روي عن بعض الثقات **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد لا يدفع ماله اليه ابدا حتى يونس منه رشده وان صار شيخا فانيا وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر علماء الامصار وقاسم بن محمد ابن ابي بكر الصديق لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا علق الدفع بايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبله لان المعلق بالشرط معدوم قبله ولان منع المال قبله لعلة السفه فيبقى ببقاء العلة ويزول بزوال العلة اذ العبرة لقيام العلة وزوالها لا للزمان ولابي حنيفة قوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم والمراد به بعد البلوغ فهو منصوص على وجوب الدفع بعد البلوغ الا انه منع عنه ماله قبل هذه المدة بالاجماع ولا اجماع ههنا فيجب الدفع اليه بالنص والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم عندنا على ان الشرط رشد نكرة فاذا صار الشرط في حكم الوجود بوجه وجب جزاؤه فاول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا وبقاء اثره لتقاربه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال عقله فقد عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبايع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده الا ترى انه يصير جدا صحيحا في هذا السن لان ادنى ما يحتلم الانسان في اثني عشر سنة ثم يولد له ولد في ستة اشهر ثم يبلغ ذلك في اثني عشر سنة ثم يولد له ابن في ستة اشهر فيصير جدا صحيحا في خمس وعشرين سنة وقيد بالجد الصحيح لانه يصير جدا فاسدا باقل من ذلك فانا لو فرضنا انه لو بلغ في اثني عشر سنة ثم تزوج وولدت له بنتا والبنت تحمل في تسع سنين ثم ولدت بعد ستة اشهر فيصير جدا فاسدا في اثنين وعشرين سنة حتى قيل يعتبر اثنان وعشرون سنة ذكره في الجامع يؤيده قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده وقد بلغ اشده وصلح جدا ولان منع المال منه على سبيل التاديب له والاشتغال بالتاديب عند رجاء التاديب فلا وجه للمنع عنه **قوله** جاز عند ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد لانه لا بد من حجر القاضي عندهم لان الحجر تردد بين النفع والضرر ففي ابقاء الملك له نظر وفي اهدار قوله ضرر فلا بد من قضاء القاضي ليترجح احد الجانبين على الاخر يوضحه ان الحجر ليس بشيء محسوس وانما يعرف بالغبن في التصرف وقد يكون ذلك للسفه وقد يكون عنه لاستجلاب قلوب المجاهرين فكان مترددا فلا يثبت حكمه الا بالقضاء ولانه حجر مختلف فلا بد فيه من الراي فيشترط حكم الحاكم كما في حجر المفلس بخلاف الجنون والصبا فانه لا يحتاج فيه الى الراي **قوله** وعند محمد لا يجوز وبه قال مالك لانه يبلغ محجورا عنده ولان علة الحجر السفه وهو محسوس في الحال فيترتب عليه حكمه بدون حجر القاضي كالصبي والمجنون

بخلاف حجر المفلس فانه يحجر لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم فيتوقف على القضاء **قوله** نفذ عتقه عندهما وبه قال ابو حنيفة ايضا وعند الشافعي واحمد لا ينفذ وهو قياس قول مالك لان تصرفات المحجور عليه غير نافذة **قوله** لا على نهج بسكون الهاء وهو الطريق الواضح وهو المراد ههنا والنهج بالتحريك البهر وهو تتابع النفس من حد علم ذكره في الصحاح كلام العقلاء فانهم لا يريدون بكلامهم اللعب ودون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله يعني الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لقصده اللعب دون ما وضع له الكلام لا لنقصان في عقله فكذا السفيه يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه لانه لا يحتمل الفسخ فكذا لا يؤثر فيه السفه ولا يقال لو اعتق السفيه عبده عن كفارة يمينه او ظهاره لا ينفذ عتقه بل عليه ان يصوم كالمعسر اذا حنث فيه لانا نقول اعتاقه نافذ لكن لا يقع عن كفارته لانه يجب على العبد السعاية بعد اعتاقه على ما يجيء ومع وجوب السعاية لا يقع عن الكفارة لان بدل السعاية بمنزلة العوض عن العتق اليه اشار في المبسوط **فان قيل** يشكل على هذا الاصل الذي ذكرها عدم صحة يمين السفيه في حق التكفير بالعتق حتى اذا حنث وهو موسر لا ينفذ القاضي ان يكفر بالمال وعدم صحة نذره من هدي او صدقة حتى لو نذر لا ينفذ له القاضي شيئا من ذلك مع ان اليمين لا يؤثر فيه الهزل والنذر ملحق بها في رواية وفي رواية هو يمين وكذا يشكل عليه ان عتق الهازل لا يوجب السعاية وعتق السفيه المحجور يوجب ذلك **قلنا** نعم كذلك الا ان القاضي لما حجره عن التصرف فيما يرجع الى الاتلاف نظرا له لم ينفذ تصرفه بالبذر في هذه الاشياء لانه لو لم يمنعه ذلك لم يحصل مقصود الحجر لانه تيسر له حينئذ النذر بالتصرف بجميع ماله ثم عليه وجوب الصوم في اليمين وان كان موسرا على ما يجيء واما وجوب السعاية فان الحجر عليه لمعنى النظر فيكون بمنزلة الحجر على المريض والحاصل ان لنفسه لا يجعل كالهزل في جميع التصرفات ولا كالصبا ولا كالمريض ولكن الحجر عليه لمعنى النظر فالمعتبر فيه توفير النظر عليه وبحسبه يلحق ببعض هذه الاصول في كل حادثة اليه اشار في المبسوط **قوله** والاصل عنده اي عند الشافعي **قوله** كما في الحجر على المريض يعني لو اعتق عبده في مرضه يجب السعاية في كل قيمته للغرماء او ثلثي قيمته للورثة اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لتعذر رد العتق فكان رده بوجوب السعاية لحق الغرماء او الورثة فكذا ههنا رد العتق واجب لمعنى النظر وقد تعذر رده فيجب رده بايجاب السعاية **قوله** وعن محمد الى اخره حصل في المبسوط هذه الرواية عنه اخر قول ابي يوسف واما قوله الاول كقول محمد في وجوب السعاية **قوله** لانه باق على ملكه فلا يمكن ايجاب السعاية ولا ايجاب نقصان التدبير عليه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب المال بخلاف ما لو كاتبه او اعتقه على مال حيث يصح لانه لم يبق على ملكه حقيقة او يدا اليه اشار في المبسوط **قوله** اعتقه بعد التدبير اي في حياته يجب السعاية فكذا ههنا الا ترى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين مستغرق يجب عليه السعاية في قيمته مدبرا للغرماء فكذا ههنا اليه اشار في المبسوط **قوله** ما لحق بالمصلح في حقه اي في حق الاستيلاد نظرا له ولا نعلم فيه خلافا للائمة الثلاثة لانه يحتاج الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه فيلحق في حق هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولده كان هو في ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي في شيء لان حاجته مقدمة على حق غرمائه بخلاف ما لو اعتقها **قوله** لانه كالاقرار بالحرية اي اقراره بامومية الولد بدون الولد كالاقرار بالحرية يسعي

بعد موته في جميع قيمتها فكذا ههنا **قوله** على هذا التفصيل وهو الفرق الذي ذكرناه بين
الدعوة بالولد والدعوة بدون الولد لحاجته الى ابقاء نسله فيكون مقدما على حق الغرما **قوله**
جاز نكاحها ولفظ المبسوط عن جاز نكاحه وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك وابو الخطاب الحنبلي لا
يجوز بغير اذن الولي لانه عقد معاوضة كالشرى فلا يجوز بدون وليه **قوله** كالمريض مرض
الموت يعني لو تزوج باكثر من مهر مثلها يلزمه بقدر مهر المثل لا الزيادة منه اذا لم يخرج من الثلث
وفي مسلتنا لا تعتبر الزيادة اصلا **قوله** وكذا اذا تزوج باربع تعتبر مهر المثل لا الزيادة سوا
كان نكاحهن في عقد واحد او متفرقا **قوله** او كل يوم واحدة ثم طلقها كذا يفعل مرارا من
غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة **قوله** لما بينا اشاره الى
قوله لانه من ضرورات النكاح الى اخره وهذه المسلة تحتج ابو حنيفة انه لا فايدة في الحجر
عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه ولهذا لم يجوز الشافعي النكاح بغير اذن الولي **قوله**
لانه اي اخراج الزكاه واجب عليه لانه كامل العقل مخاطب بحقوق الله تعالى فلا يبطل بسفهه
قوله يدفعها اي النفقه الى امينها اي امين المراه وفي بعض النسخ الى امينه اي امين القاضي
لتصرفه اي المال المخرج للنفقة الى مستحقه لانه ليس معاده اي صرف النفقه وفي المبسوط
فرق بين نفقة الوالدين وبين نفقة غيرهما فقال ينبغي للقاضي ان لا ياخذ بقول السفيه في دفع المال
الى ذوي الارحام للنفقه حتى يقيم القريب بينه على القرابه والعشره لان اقراره بذلك بمنزلة اقراره
بدين على نفسه فلا يكون ملزما شيا الا في الولد فانهما اذا تصادقا على السبب قبل قولهما فيه لان
كل واحد منهما في تصديق صاحبه يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يمنع الاقرار بالنسب لان
ذلك من حوايجه ولكن لا يعتبر قوله في عشرة المقر له كما في عشرة ساير الاقارب وكذا يقبل اقراره
بالزوجه لانه يملك انشاء التزوج فيملك الاقرار به ويجب عليه قدر مهر مثلها ويعطيها القاضي
ذلك وان كان قد مضى بعد اقراره اشهر ثم اقر انه كان قد فرض عليه نفقتها في اول تلك الشهور
لم يصدق على ما مضى لان هذا اقرار بالدين لها لان نفقة الزوجه في الماضي لا يصير دينا الا بالقضا
واقراره بالدين باطل **قوله** لم يمنع منها اي من حجة الاسلام ولا نعلم فيه خلاف **قوله**
استحسانا اذ في القياس يمنع لان العمره عندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعد
حجة الاسلام ولكن استحسانا وقلنا لا يمنع لاختلاف العلما في وجوب العمره فعند الشافعي فريضة
والاخبار متعارضة فيها ولظاهر قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فلهذا اخذ بالاحتياط في
امر الدين ويكون فعله اقرب الى فعل النبي عليه الصلاه والسلم فلا يمنع من سوق البدنه اما لو
اصطاد المحجور في احرامه او حلق راسه من اذى او صنع شيا يجب فيه الدم امره ان يصوم لذلك
ولم يعطه من ماله اذا جاز الصوم فيه اما لو صنع شيا يلزمه الدم ولا يجوز فيها الصوم فالدم لازم
ويودي عنه اذا صار مصلحا ولا يودي عنه في حال فساده كالمعسر الذي لا يجد شيا اذا صنع
ذلك وكالعبد المادون في الاحرام اذا فعل شيا من ذلك وكذا لو جامع امراته بعد الوقوف
يلزم بدنه ويتاخر الى ان يصير مصلحا كذا في المبسوط **قوله** فان مرض واوصى الى اخره ذكر
في المبسوط فان اوصى بوصايا مطلقا من غير القيد بحاله المرض وهو الصحيح لان تنفيذ الوصيه بعد
الموت فحينئذ لا يتفاوت بين ان يكون وصيه في حال المرض او الصحة والقياس ان وصاياه باطله بمنزلة
تبرعاته في حياته وفي الاستحسان ما يكون على غير وجه الفسق ويتقرب الى الله تعالى ولم يات بذلك سرف
ولا امر يستقبحه المسلمون ينفذ من ثلث ماله لان الحجر عليه للنظر حتى لا يتلف ماله فيبتلى بالفقر الذي هو الموت

الاجر وهذا المعنى لا يوجد في وصاياه لان اوان وجوبها بعد الموت وبعد ما وقع الاستغنا عن المال
في امر دنياه فاذا حصلت وصاياه على وجه يكون سببا للثواب في اخرته او لاكتساب الثنا الحسن
بعد موته كان النظر في تنفيذها ولا نعلم فيه خلاف **ثم اعلم** ان عندنا كما يصح وصايا المحجور
بالسفه يجوز وصايا الصبي اذا عقل ما يصنع فهما سوا في التصرفات الا في اربعة مواضع منها انه يجوز
للاب والوصيه ان يتصرف في مال الصبي بالبيع والشرا ولا يجوز في حق السفيه البالغ وثانيها
انها يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا اذن وثالثها ان طلاق السفيه وعتاقه
يصح وفي الصبي العاقل لا يصح ورابعها يصح تدبير عبده وللصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط
قوله اكثر من هذا وهو ما ذكرنا ومن التفريعات ما ذكرنا من احكام الحج وهو انه لو
اصطاد الى اخره وما ذكرنا من الفرق بين المراهق والمحجور بالسفه في المواضع الاربعه وفي الكافي
وقد ذكر في المبسوط فروعا اكثر من هذا فمن رامها فليطلب ثم **قوله** ولهذا لم يجعل اي
الفاسق اهلا للشهادة ولان الفاسق غير رشيد ولان افساده لدينه يمنع الثقه به في حفظ ماله
كما يمنع قبول قوله وثبوت ولايته على غيره لعدم الثقه بصدقه **قوله** وقد اونس منه اي
من الفاسق نوع رشد فالله تعالى علق الدفع بايناس رشد نكره فيتنا ول رشدا ما لان النكره في
موضع الاثبات تخص والرشد في المال مراد فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون
معلقا برشدين قال ابن عباس المراد بالرشد الصلاح في المال وقال مجاهد العقل وفي شرح الطحاوي
المراد من الرشد الصلاح في المال وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم **قوله** وقد قررنا
فيما تقدم اي في النكاح وفي ادب القاضي **قوله** عندهما ايضا اي يحجر بسبب الغفلة وهو قول
الشافعي وعند مالك واحمد لا يحجر بسبب الغفلة لبلوغه وعقله ورشده ولو صالح السفيه لا
يزول الحجر عنه الا بالقضا عند ابي يوسف وبه قال الشافعي في وجه واحمد وعند محمد يزول بغير
قضا وبه قال الشافعي في وجه اخر وفي الايضاح لا يزول الحجر عنه الا بالقضا بالاتفاق

فصل في حد البلوغ

لما ذكر ان الصغر من اسباب الحجر لا بد من بيان
انتهايه فشرع في بيانه **اعلم** ان في بلوغ الغلام بالاحبال وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام
والحبل اجماع العلما لقوله عليه الصلاه والسلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم واما الانبات وهو
نبت الشعر حول الذكر وفرج المراه خشن يستحق اخذه بموسى علامة البلوغ عند احمد ومالك والشافعي
لا اعتبار له في قولنا واما الزغب الضعيف فلا اعتبار له بالاتفاق الا في قول من الشافعي فانه في حق
المسلمين بلوغ لهم ما روي انه عليه الصلاه والسلام امر بان يقتل مقاتل بني قريظه ويسبي ذراريهم
وامر بان يكشف عن موتزريهم فمن انبت فهو من المقاتله ومن لم ينبت الحقه بالذرية وكتب عمر الى عامله
ان لا ياخذ الجزية الا ممن جرت عليه المواسي ولانه خارج علامة البلوغ غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى
فكان علما على البلوغ كخروج المني ولنا قوله عليه الصلاه والسلم رفع عن الصبي حتى يحتلم فعلم ان قبل
الاحتلام بمجرد النبات لا يحكم ببلوغه ولهذا لا يحكم بالزغب الضعيف ولانه نبات شعر فاشبه
نبات ساير شعر الانسان ولان البلوغ عبارة عن بلوغ الانسان كمال الحال وذلك بكمال القوة
والقوه من حيث الاسباب والالات استعمال الجوارح وارتفاع الموانع وذا لا يتحقق على الكمال
الا عند الاحتلام اذ استعمال ساير الجوارح بات الا استعمال هذه الاله فيما وضع له وهو قضا
الشهوه على الكمال وكمالها بالانزال وما روى الخصم يمكن ان يكون قبل هذا الحديث او الحقه بالمقاتله
باعتبار قتالهم اذ في بعض الفاظ الحديث فقتل من جرت عليه المواسي وفي بعضها اخضرار ازاره ومعلوم انه

لا يبلغ هذا الحال الا بعد البلوغ وفي هذا الحديث رجل مجهول لا يعرف الا بهذا الخبر مع ان الحديث
يعارضه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حتى يحتلم واثر عمر يدل على اخذ الجزية ممن جرت به المواسى
وذلك يكون في الغالب بعد البلوغ واما قولهم انه يلازمه البلوغ غير مسلم فانه قد يكون بدون
البلوغ كما في الزغب الضعيف فاذا لم يوجد هذه العلامات يعتبر السن فعند ابي حنيفة حتى يتم
الغلام ثماني عشرة سنة وعن ابي حنيفة في الغلام تسعة عشر سنة وفي الجارية حتى يتم سبع عشرة
سنة وهو قول الشافعي اي قولهما قول الشافعي واحمد وعليه الفتوى وقال داود لا حد للبلوغ
من السن لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر
وهذا قول ملك وقال اصحاب ملك سبع عشرة سنة او ثماني عشرة كقول ابي حنيفة **قوله**
ثمانية عشر سنة فتح العددين للتركيب وحذف الثامن ثمانيه واثباتها في عشره وبكسر الشين في عشره
وسكن وكذلك في سبع عشره وفي ذيل المغرب اذا جاوزت العشره اسقطنا التاء من العشره في المذكر
واثبتناها في المونث وكسرت السين واسكنتها وما ضممت الى العشره باق على حاله اي يثبت التاء في
المذكر ويسقطها في المونث الا الواحد تقول في المذكر احد عشر وفي المونث احدى عشرة وفي الثاني
والثانيه والعاشر والعاشره عاد والى الاصل يقولون في المذكر الثاني عشر والتاسع عشر
وفي المونث الثانية عشره والتاسعه عشره حسن الاسمين على الفتح فعلى هذا القياس يجب ان يقال
في قوله وقيل المراد ان يطعن في التاسعة عشره اذا التميز فيه السنه فكان التميز مونثا الا اذا اريد
بها العدد اي عدد السنين فحينئذ يجوز ان يقال في تاسع عشر وعنه اي عن ابي حنيفه **قوله**
ولهم اي لابي يوسف ومحمد واحمد والشافعي العاده الفاشيه اي الغالبه ان العلامات تظهر في هذه
المدة فجعلناها علامة للبلوغ ولانه روي ان ابن عمر قال عرضت على النبي عليه الصلوة والسلم يوم
احد وانا ابن اربع عشره سنة فلم يقبلني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عليه الصلاة والسلم يوم الخندق
وانا ابن خمس عشره سنه فقبلني وراني بلغت وعن انس انه عليه الصلاة والسلم قال اذا استكمل
المولود خمس عشره سنه كتب ما له وما عليه واقيمت عليه الحدود قلنا لا دلالة في حديث ابن
عمر لانه عليه الصلاه والسلم لم يساله عن الاحتلام ولا عن السن وانما اعتبر قوته وضعفه ومعنى
قوله وراني بلغت اي في القوه الى حد القتال وحديث انس غريب فلم يعارض ظاهر الايه والحديث المشهور
وهو قوله حتى يحتلم اذ ظاهر قوله تعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم يقتضي ان يكون مدة البلوغ خمس
عشره سنه ولم الايه المذكورة في المتن **قوله** وهذا اقل ما قيل اي قول ابن عباس اقل ما قيل
فيه فان بعض السلف قال اقله اثنان وعشرون سنة فانه حينئذ يصير حدا فاسدا كما قلنا وعن
عمر اقله خمس وعشرون سنه فيبنى الحكم عليه اي على الاقل لانه هو المتيقن **قوله** لاشتمالها
اي لاشتمال السنة على الفصول الاربعه يعني زياده سنة في حق الغلام لتوافق وصل من الفصول
فيستوي مزاجه **قوله** واذا راهق اي قرب ودنا يقال راهقه رهقا اي دنى منه كذا في
المغرب وادنى السن الذي يعتبر قوله بالبلوغ اثني عشره سنة وفي حق الجاريه تسع سنين كذا في فتاوى
قاضي خان وفتاوى الظهيريه

باب الحجر بسبب الدين

وانما اخر هذا الحجر من حجر السفيه لان هذا الحجر موقوف على طلب الغرما فيكون فيه وصف زايد
يوقف الحجر بعد المشاركة في سببية الحجر الكلام في هذا الحجر في موضعين احدهما ان من ركبه الديون
وليس في ماله وفا به وخيف ان يلجي ماله بطريق الاقرار او بيع التلجيه وطلب الغرما من القاضي
الحجر عليه لا يحجر عليه عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وملك واحمد يحجر عليه

والثاني انه لا يباع على المديون ماله في قول ابي حنيفه خلافا لهم العروض والعقار فيه سوا عند
الابا له احد النقدين بالاخر فللقاضي ان يفعل ذلك عنده استحسانا لقضاء دينه كذا في المبسوط وفي
الذخيره قال بعض مشايخنا مسئلة الحجر بسبب الدين بنا على مسئلة القضا بالافلاس لان من شرط صحة
الحجر على المديون القضا بافلاسه اولا ثم الحجر بنا عليه ولهذا لا يصح حجره من غير القضا بافلاسه بالاجماع
والافلاس لا يتحقق عنده حال حيوته لان مال الله غاد ورايح وقال بعضهم هذه مسئلة ابتدائيه
فعلى هذا القول المانع من الحجر عنده تضمنه الحاق الضرر بالمحجور لا تعلقه بالقضا بالافلاس لهم
حديث معاذ روى الدارقطني عن كعب بن ملك عن ابيه ان رسول الله عليه الصلاه والسلم حجر على
معاذ ماله في دين كان عليه وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شابا سخيا وكان لا يمسك شيا
فلم يزل يدان حتى اغرق ماله في الدين فاتى غرماوه النبي عليه الصلاه والسلم فكلمهم فلو ترك احد
لاجل احد لترك معاذ لاجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله
حتى قام معاذ بغير شي قال بعض اهل العلم انما لم يترك الغرما لمعاذ حين كلمهم النبي عليه الصلاة والسلم
لانهم كانوا يهودا ولان في حجره نظرا للغرما فكما يحجر نظرا له لسفهه فكذا يحجر عليه نظرا للمسلمين
ولانه امتنع عن ايفا حق مستحق عليه اذ بيع ماله لقضا دينه مستحق عليه بدليل انه يحبس اذا امتنع
منه وهو مما يجري فيه النيابة فناب القاضي منابه كما في الذمي اذا اسلم عبده وابى ان يبيعه باع القاضي
عليه وكما في العنين او المجنون اذا ابى ان يفارق امراته ناب القاضي منابه **قوله** لانه اي المفلس
المديون عساه يلجي ماله اي يبيع تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده او يقر له بماله فيفوت حقهم اي
حق الغرما وله ان في الحجر عليه اهدار اقواله والحاقه بالبهايم فلا يجوز لدفع ضرر خاص ولا يجوز
بيع ماله بغير رضاه لانه نوع حجر لان بيع ماله غير مستحق لقضا الدين لامكان ادايه بوجه اخر فلا
يكون للقاضي ان يباشر ذلك عليه عند امتناعه كما في الاجارة والتزوج اذ يمكنه قضاوه بالاستقراض
والاستيهاب ولان بيع ماله بغير رضاه تجاره عن غير تراض فيكون باطلا لقوله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا
بطيبه نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعله ولكن يحبسه حتى يبيع في
دينه ايفاء لحق الغرما ودفعا للظلم الذي يتحقق بالامتناع عن قضا الدين منه والحبس للدين مشروع
بالاجماع واما حديث معاذ فحكاية حال فيحتمل ان يكون برضاه مع ان حديثه مرسل وهو ليس بحجة
عند الخصم واما خوف التلجيه فموهوم فلا يجعل كالمتحقق ثم الضرورة في اهدار قوله متحقق
فلا يعارضه الموهوم وهذا معنى قوله قلنا التلجيه موهومه الى اخره **قوله** خلاف الجب
واللعنة فان التفريق يتعين هناك لانه لم يمكنه الامساك بالمعروف فناب القاضي منابه اما ههنا
لقضا الدين فانه يمكنه الاستقراض والاستيهاب وسوال الصدقه من الناس فلا يكون للقاضي تعيين
هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله وكذا اخراج العبد المسلم عن ملك الذمي مستحق عليه بالبيع فينوب
القاضي منابه **قوله** والحبس لقضا الدين الى اخره جواب عن قولهما حتى يحبس بالرفع وليست حتى
للغاية بل الحبس ثابت مطلقا يعني الحبس ليس لبيع ماله لقضا الدين بل الحبس لاجل ان يختار قضاء دينه باي
شي كان من البيع والاستقراض والاستيهاب وسوال الصدقه فكان في جواز الحبس اقوى دليل
لابي حنيفه لان العلما لما اتفقوا على جواز الحبس في الدين يعلم ان ليس للقاضي ولاية بيع ماله لانه لو
جاز لكان الاشتغال بالحبس اضرارا بالغرما بتاخر حقهم بغير حاجه وتعذيب المديون بلا فايده فلا
يكون مشروعا فكان جواز الحبس دليلا واضحا على عدم جواز بيع القاضي ماله وهذا من احسن القلب حيث

جعل دليل الخصم دليل نفسه عليهم كذا في المبسوط **قوله** باقل من المثل حتى لو باع باقل من ثمن
المثل يخير المشتري بين ازالة الغبن وبين الفسخ ولو باع من الغريم بثمن المثل وجعل الثمن له بالدين ان كان
الغريم واحدا يجوز كما في المقاصة والا يجوز البيع بثمن المثل كالاجنبي ولا يجوز المقاصة لتعلق حق الغير به ولو
قضى دين بعض الغرما به لا يملك فيه تخصيصه بقضاء دينه وانه محجور عنه كما في المريض مرض الموت
كذا في الذخيره **قوله** وهذا عند ابي حنيفة استحسانا خص ابي حنيفه لان الشبهة ترد على قوله
انهما يتحدان في الثمنية فانهما خلقا للثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في حكم الزكاة
ولو كان ماله من جنس الدين صورة كالدراهم كان للقاضي ان يقضي دينه فكذا اذا كان
من جنسه معنى وقوله بالنظر الى الاختلاف الى اخره جواب سوال يرد عليه فاذا كان
متحدا معنى ينبغي ان يكون لرب الدين اخذه متى ظفر به من غير قضا كما لو ظفر بجنس حقه وبالاجماع
ليس له ذلك فقال هما جنسان صورة وحقيقة ولهذا لا يجري بينهما ربا الفضل للاختلاف
فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ولهذا جعل ابن ابي ليلى ان ياخذ رب الدين
احد النقدين بالاخر من غير قضا ولا رضى يجعلنا للقاضي ولاية الاجتهاد ههنا في مبادلة
احد النقدين بالاخر لقضا الدين ولا يوجد هذا المعنى في ساير الاموال وفيه اضرار بالديون
لابطال حقه من عين ملكه في الاعيان وللقاضي ولاية النظر للغرما على وجه لا يلحق الضرر
فوقه على المديون بخلاف النقدين لما ذكرنا من الاتحاد وبالنظر الى الاختلاف حقيقة
سلب عن رب الدين ولاية الاخذ عملا بالشبهتين ولم يعكس لانه حينيذ يلزم ترك
الاخذ باحد الشبهتين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصور
ولايته ثبت للقاضي ايضا بطريق اولى **قوله** ويباع في الدين النقود الى اخره في
الذخيره فعلى قولهما يبيع القاضي ماله ولكن يبتدا بالنقود اذا كان الدين دراهم فان فضل
الدين عن ذلك يبيع العروض اولا لا العقار لان العروض معدة للتلف والتصرف
والاسترباح عليه فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه وان لم يف فحينيذ يبيع العقار وابتدؤا بذلك
فلا يبيعه لان العقار اعد للاقتنا فيلحقه ضرر كثير وهذا الذي ذكره رواية عنهما وفي رواية
يبدا القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف ثم يبيع
العقار فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فيسعى ان ينظر للمديون فيبيع ما كان انظر له ويبيع
ما يخشى عليه التلف انظر ثم قال اذا كان للمديون ثياب يلبسها ويمكنه ان يجتزي بدون ذلك
يبيع ثيابه ويشتري بثمنه ثوبا يلبسه وما فضل يقضي دينه لان ذلك للتجمل وقضا الدين
فرض عليه وعلى هذا لو كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دون ذلك يبيع المسكن ويشتري
بثمنه ما يجتزي وما فضل يقضي دينه ولا يباع داره التي لا غنى له عن سكناها وبه قال احمد
وقال الشافعي ومالك يباع ويستاجر من ثمنه مسكنا له ويقضي بالفضل دينه لما روي انه عليه
الصلاة والسلم قال في الذي في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمايه خذوا ما وجدتم وهذا
مما وجدوه ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في ديونه كساير امواله وقلنا هذا مما لا
غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضيه في عين يحتمل انه لم يكن عقارا
ولا خادما ويحتمل انه عليه الصلاة والسلم خذوا ما وجدتم مما تصدق به عليه فانه المذكور
قبل ذلك فقد روي انه عليه الصلاة والسلم قال تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك
وفا دينه فقال عليه الصلاة والسلام خذوا ما وجدتم اي ما تصدق به عليه والظاهر انه لم

يتصدق عليه بدار هو محتاج الى سكناها ولا خادم هو محتاج الى خدمته ولا الحديث مخصوص
بثيابه وقوته فيقيس عليه محل النزاع وقياسهم معارض بذلك ايضا وعن هذا قال مشايخنا
انه يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال كاللبد في الصيف والنطع في الشتا ذكره في الخلاصة والمنية
ايضا ولا نعلم فيه خلاف وفي شرح الطحاوي لو باع القاضي او امينه مال المديون فالعهدة على
المطلوب لا على القاضي وامينه حتى لو استحق المبيع فانه يرجع بالثمن على المطلوب لا على القاضي
وامينه وكذا السابقتين لو استحق المبيع فانه يرجع بالثمن على المطلوب او امينه وقال الشافعي
واحمد على المديون وقال مالك على الغرما ان كان الثمن جنس حقهم والا على المديون **قوله**
بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه اسوة للغرما بلا خلاف لان الحجر لا يصح في الفعل
الحسي لانه لا مرد له وفي الذخيرة لو كان سبب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بالشهادة بان
شهدوا على استقراضه او شرايه بمثل القيمة شارك الغرما وعند الشافعي لو اقر بدين لزمه قبل
الحجر يلزمه في الاصح وفي قول لا يلزمه وهو قول مالك واحمد وابي يوسف ومحمد وتصرفات
المحجور من بيع او هبة او عتق لا يصح عند الشافعي في الاصح وبه قال مالك واحمد في غير العتق
وفي قول يصح ويكون موقوفا فان قضى ديونه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه والا ينفسخ منها
الاضعف فالاضعف يبدا بالهبة ثم بالبيع ثم بالعتق وعند احمد وابي يوسف يصح عتقه لانه
صدر عن مالك رشيد ولا يقبل الفسخ وقال احمد في رواية لا يصح كالبيع والهبة وما فعله
قبل الحجر يصح بلا خلاف **قوله** وينفق على من المفعول اي المفلس المحجور المديون
وعلى زوجته الى اخره ولا نعلم فيه خلاف لاحد وكذا كسوتهم لانه حق ثابت لغيره اي لغير المفلس
وهو من تجب نفقته عليه فلا يبطله الحجر **قوله** حبسه **اعلم** ان من وجب عليه دين
حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فان كان له مال ظاهر امره بالقضا وان لم يكن له مال
ظاهر وادعى الاعسار ان صدقه غريمه لم يحبس به ووجب انظاره لقوله تعالى فنظرة الى
ميسرة فان لم يصدقه غريمه اما ان عرف له مال او لا فان عرف ماله وثبت الدين بالمعاوضة
حبسه وان لم يعرف واقام بينة على اعساره وجب انظاره لما تلونا قال ابن المنذر اكثر العلما
وفقها الامصار يرون الحبس في الدين الا عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد وعبد الله بن جعفر
لا يحبس ويقسم ماله ان كان وقد مر هذا الفصل بوجهه في كتاب القضا ثم اقامة البينة
على الاعسار مقبوله وبه قال الشافعي واحمد ان كان الشاهد اهل خبره ومخالطه وقال مالك
لا تقبل البينة على الاعسار لانه شهاده على النفي وقلنا ان الشهاده على النفي انما لم تقبل اذا
لم يكن في ضمن حق **قوله** تحرزا عن الهلاك لانه لا يجوز الاهلاك لمكان الدين الا ترى انه
لو توجه اليه الهلاك بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال
الغير وعن ابي يوسف لا يخرجه ايضا لان الهلاك لو كان بسبب المرض وانه في الحبس وغيره
سوا **قوله** وهو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا لا يمنع من الاكتساب فيه وبه قال
الشافعي في الاصح لان فيه نظرا للجانبين لان نفقته ونفقة عياله عليه فيمكن من الكسب وقال
الخصاف الاصح انه يمنع منه وبه قال الشافعي في قول ليضجر قلبه فيسارع الى القضا ولو لم يمنع
منه لا يلحقه الضجر لان السجن حينيذ يصير له بمنزلة الحانوت فلا يحصل المقصود كذا في الذخيره
قوله يقسم بينهم بالحصص هذا اذا اخذ ارباب الديون كسبه بغير اختياره او قسمه
القاضي بغير اختياره واما المديون لو اثر بعض غرمايه باختياره فله ذلك ولهذا لو حبسوه

بدينهم في مجلس القاضي فاذا كان المديون حاضرا يقضي ديونهم بنفسه وله ان يؤثر البعض
على البعض ولو كان غايبا فالقاضي يقسم بينهم بالحصص وليس له ان يؤثر البعض على البعض عندنا
ذكره في الذخيرة وفتاوى النسفي **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد اذا افلسه الحاكم
يعني متى ثبت اعساره لم يمكن لاحد مطالبته وملازمته وبه قال الايمة الثلاثة لابي حنيفة
قوله عليه الصلاة والسلم لصاحب الحق الحديث ووجه التمسك به ان الحديث مطلق يتناول
الزمان الذي بعد الاطلاق والقضا بالافلاس لا يتحقق فيكون معسرا قطعا والاية تتناول المعسر
قطعا فلا يكون الحديث معارضا للاية وهم يقولون ليس لصاحب الحق بعد اعساره مطالبته بالنص
كما لو كان دينه موجلا قال في المغني لابن قدامة والحديث فيه مقال يحمل على الموسر بدليل
ما روى انه عليه الصلاة والسلم قال لغرمآ الذي اصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه خذوا ما
وجدتم وليس لكم الا ذلك رواه مسلم والترمذي وفي كلامه نوع تامل لانه ذكر قبل هذا ان
ذلك فيما تصدق عليه الى اخر ما ذكرنا **قوله** على جنبه الاعسار وفي بعض النسخ على
جنبه اليسار فاليسار اسم للايسار من ايسر اذا استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر واليسار
في معناه خطا كذا في المغرب وقيل في جوابه ذكر اليسار على طريق الازدواج وتغيير اللفظ عن
موضوعه للازدواج كما ذكر في الكشاف في تقريره قوله تعالى شديد العقاب فقال قد غيروا كثيرا
من كلامهم عن قوانينه لاجل الازدواج **قوله** لانه حبس اي اجلاسه في موضع حبس له
وليس له حبس الحق وعن محمد للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه وان شا في بيته لانه ربما يطوف به
في الاسواق والسكك من غير حاجة فيتضرر به المدعي وفي رواية منه يلازمه حيث احب في المصر
ولو كان لا معيشة له الا من كسبه لا يمنعه ان يسعى في مقدار قوته يوما فاذا حصل ذلك القدر
في يومه فله منعه من الذهاب في ذلك ويحبسه **قوله** لا يتبعه وفي الذخيرة هذا اذا
لم يعد له موضعا لغايط او بول فاما اذا اعد موضعا اخر له ان يمنعه عن الدخول في بيته حتى لا
يهرب من جانب اخر وفي الاقضية اذا كان عمل الملزوم سقي الما ونحوه لا يمنعه من ذلك الا اذا
كفاه نفقته ونفقة عياله وهكذا في الدخول في البيت كما ذكره في الذخيرة **قوله** لانه
ابلغ اي لان ما اختاره الطالب من الملازمة ابلغ في حصول المقصود وهو قضا الدين لان ملازمة
من لا يجانسه اشد من كل شديد **قوله** ومن افلس وعنده اي عند المفلس متاع منه
اي اشتراه من ذلك الرجل فصاحب المتاع اسوة للغرمآ اي مساو للغرمآ فيه اي في المتاع وبه
قال الحسن والنخعي وابن شبرمة وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه اي بطلب البايع الا
ان شاركه وبه قال مالك واحمد والاوزاعي واسحق وابو ثور وابن المنذر وروى ذلك عن
عثمان وعلي وابي هريرة لهم حديث ابي هريرة انه عليه الصلاة والسلم قال من ادرك متاعه بعينه
عند انسان قد افلس فهو احق به متفق عليه وقد روى هذا الحديث في غير هذا الوجه بالفاظ غير
غير ما ذكر في حديث ابي هريرة فذكروا عن عبد الرحمن بن ابي بكر انه عليه الصلاة والسلم قال ايما رجل ابتاع
متاعا وافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيا فوجده بعينه فهو احق به فان مات المشتري
فصاحب المتاع اسوة للغرمآ ولان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيستحق
الفسخ للبايع كما لو عجز البايع عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما انه عقد معاوضة فيقتضي
المساواة وصار كالسلم فان المسلم فيه دين كالثمن واذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم
كذا هنا ولهذا لو كسدت فلوس الثمن بطل البيع عندكم للعجز عن الثمن وكذا المكاتب لو عجز يفسخ

العقد لعجز البدل فكذا بعجز الثمن ولنا قوله تعالى فنظرة الى ميسرة والمشتري حين افلس بالثمن فقد
استحق النظرة شرعا ولو اجله البايع لم يكن له حق الفسخ قبل مضي الاجل فكذا اذا صار منظرا
بانظار الله تعالى ولان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين اي عين الدراهم المعقودة وعين
الدنانير المعقودة وهي اي عين الدراهم المعقودة غير مستحق بالعقد بل المستحق به الدين وهو
وصف في الذمة فعلم انه عجز عن تسليم شي غير مستحق بالعقد فلا يستحق الفسخ باعتباره وفي
الاسرار المقبوض غير الواجب حقيقة لان الواجب دين وهذا عين وذلك في الذمة وهذا في
الكيس وانما جعل في حكم عين الواجب في باب السلم بخلاف الحقيقة لعدم جواز الاستبدال به
فاما غيره من الديون يصح الاستبدال به فلا يضطرنا الشرع الى ان يجعل العين في حكم الدين فيجوز
فيثبت بقبض العين مبادلة الا عند التعذر كما في السلم لحرمة الاستبدال فاعطى للعين حكم الدين
فيكون العين مستحقا بالعقد فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع واما الجواب عن حديث ابي
هريرة ان المبيع ليس عين ماله شرعا لتبدل الملك وانما هو عين مال قد كان له وانما ماله بعينه
يقع على المغصوب والودايع والعواري وما اشبه ذلك وفي ذلك جا هذا الحديث وقد روي
عن سمرة بن جندب انه عليه الصلاة والسلم قال من سرق له متاع او ضاع له متاع فوجده
في يد رجل بعينه فهو احق به ويرجع مشتريه على البايع بالثمن **فان قيل** هذا معلوم دون
ذلك الحديث فاي فايدة في الحديث **قلنا** فايدته اعلام ان الرجل اذا افلس بقسم ماله
وما في يده من غرمايه الا في متاع سرق او ضاع من انسان واغتر المشتري فابتاعه فان صاحب
العين احق به فاعلمهم بذلك الحديث ما اعلمهم بحديث سمرة وبقي ان المغرور والاغترار الذي يعبر
المشتري لا يستحق به لك شيا وما روي في غير هذا الوجه معارض بما روى الخصاف باسناده انه
عليه الصلاة والسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو اسوة غرمايه **وقيل**
هذا منقطع **قلنا** ما روي عن عبد الرحمن منقطع ايضا ولا يمكن ان يبين ما اشكل في حديث ابي هريرة
لانه يحتمل بانه ابتاعه معترا بانه ملك البايع كما ذكرنا في حديث سمرة او كان محمولا على انه قبض
المبيع بغير اذن البايع وفي غير هذا الموضع له حق الاسترداد واما قوله ومن قضيته اي عقد المساواة
فقلنا نعم كذلك ولكن في الملك على ما ذكرنا وهو حاصل لهما ولين سلمنا ان التسوية في القبض لكن
التسوية بعدم فيه بتاجيل البايع فتاجيل الله اولى فلا يثبت له حق الفسخ بخلاف الكساد لا موجب
العقد فلوس هي ثمن وبعد الكساد لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة فيبقى العقد بلا ثمن
فيبطل اما بعد افلاس المشتري يبقى الثمن في ذمته مملوكا كما كان وبخلاف الكتابة لان بعجز المكاتب يتغير موجب
العقد اذ موجبه ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يمكنه ذلك الا بالقبض لان بدل الكتابة
ليس بدين حقيقة اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة والرهن به فاذا كان
ملك المولى يثبت بالقبض فالتنجيز بغير موجب العقد فيمكن من فسخ العقد اما ههنا فافلاس المشتري
لا يغير ملك البايع في الثمن فانه مملوك دينا وقولهم ان الدين في ذمة المفلس تاو غير مسلم اذ كان
المفلس مقرا او عليه بينة فهو قايم حقيقة وحكما مفلسا كان او مليا ولهذا قال ابو حنيفة يجب على صاحب
الدين الزكاة لما مضى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لا يمكن البايع من الفسخ هذا كله مما اشار
اليه في المبسوط والاسرار فقال في المبسوط الافلاس الطارى لا يكون اولى من الافلاس المقارن
وبه لا يرتفع صفة اللزوم في العقد فبالطارى اولى بخلاف جانب المبيع فان ابتدا العقد مع العجز عن
تسليمه بالاباق لا يجوز وان رضي به المشتري فكذا اذا طرا العجز يثبت للمشتري حق الفسخ **قوله**

ونقبض العين الى اخره هذا جواب عن سبهة ترد على قوله ان الدين وصف والمقبوض عين
وهو غير حقه فرد عليه انه لو كان كذلك ينبغي ان لا يتمكن المديون من قضا الدين اصلا لانه
غير حقه فقال يقبض العين يعني لما قبض رب الدين العين صار رب دمته مشغوله بمن المديون ايضا
لان هذا الذي يقبضه رب الدين قبض مضمون لانه قبضه متملكا لا مستودعا فوجب الضمان
في الذمتين فلما ان تقاصا فرب ذمة المديون وهذا معنى قول المشايخ ان اخر الدينين
يكون قضا عن الاول **قوله** هذا هو الحقيقة اي تسلم العين غير مستحق بالعقد بل المستحق
هو الدين فيجب اعتبار الحقيقة

كتاب المأذون

ايراد المأذون بعد الحجر ظاهر التناسب اذ الاذن بعد الحجر ومن محاسن الاذن الاطلاق
عن الحجر كاطلاق الاسير ولانه نوع من الاكتساب والاكتساب ابتغا الفضل وفيه فتح باب
التصرف وحصول زيادة الاهتدا في التصرفات ثم الاذن لغة الاعلام شرعا فك
الحجر الثابت ورفع المانع من التصرف واثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة المكاتب عندنا وعند
الشافعي واحمد هو انابة وتوكيل وفايدة الخلاف ان الاذن بالتجارة لا يتخصص حتى لو اذن له
في نوع يكون مأذونا في انواع التجارة كلها عندنا خلافا له ولزفر كما يجي وهو مشروع بالكتاب
والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وابتغوا من فضل الله والمراد الكسب واذن العبد
من باب الاكتساب والسنة ما روي انه عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك والمملوك
لا يقدر على اتخاذ الضيافة ما لم يكن له كسب وطريق الاكتساب التجارة وتجارته بغير الاذن
لا يصح وروي انه عليه الصلاة والسلام ولا احد من الصحابة ما انكروا على عباس تجارته بعبيده
وله عشرون عبدا كل عبد يتجر بعشرة الاف واجمعت الامة على جواز اذن العبد ولا يقال لا يصح
الاستدلال على عدم التخصيص والتوقيت بان الاذن عبارة عن فك الحجر والاطلاق وتمليك اليد
فان القضا اطلاق واثبات للولاية مع انه قابل للتخصيص وكذا الاعارة والاجارة تمليك للمنفعة
واثبات اليد على العين مع انه قابل للتخصيص لانا نقول القاضي لا يعمل لنفسه بل هو نايب عن المسلمين
ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة في مال المسلمين بخلاف العبد فانه لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة
واما المستاجر والمستعير فانه يتصرف في محل هو ملك الغير بايجاب صاحب الملك له وايجابه في
ملك نفسه يقبل التخصيص فاما العبد لا يتصرف بايجاب المولى لما يجي ان التصرف غير مملوك
للمولى في ذمته فكيف يوجب ما لا يملكه كذا في المبسوط **قوله** لانه اي العبد بعد الرق
بقي اهلا للتصرف اذ ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة
لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق اذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا
يخرج عن كونه بشرا الا ان ذمته ضعفت بالرق فلا تحتمل الدين بها الا شاغلا مالية الرقبة وهي
حق المولى فحجر عن التصرف لحق المولى لكيلا يبطل حقه بغير رضاه فاذا اذن فقد اسقط حقه فكان
العبد متصرفا بالمالكية الاصلية واهليته لنفسه **قوله** لان الاسقاطات لا تتوقف
كالطلاق والعتاق وتاجيل الدين وتاخير المطالبة اذ الساقط يتلاشى **فان قيل** فعلى هذا
ينبغي ان لا يكون للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقطه وتلاشى والساقط لا يعود **قلنا** بقاء
ولاية الحجر بسبب بقا الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الساقط
يعود **فان قيل** ينبغي ان ينعدم بالرق الاهلية لملك التصرف لانه صار مملوكا للمولى
تصرفا حتى يملك المولى التصرفات عليه **قلنا** انما يصير مملوكا تصرفا في نفسه بيعا او تزويجا

فلا جرم ينعدم الاهلية لمالكية هذا التصرف فيكون نايبا فيه عن المولى متى باشره بامره بان
باع نفسه بامره ولكن لا يصير مملوكا في ذمته حتى ان المولى لا يملك الشرا بثمن يجب في ذمة عبده
ابدا فبقي له الاهلية في ملك هذا التصرف كما انه لم يصر مملوكا تصرفا عليه في الاقرار بالحدود
والقصاص بقي مالكا لذلك التصرف **فان قيل** انعدام الاهلية لحكم التصرف وهو الملك بسبب
الرق يقتضي ان لا يكون اهلا لنفس التصرفات لان التصرفات الشرعية لا يراد بعينها بل لحكمها وهو ليس
باهل للحكم فلا يكون اهلا لسببه كاسباب العبادات في حق الصبي والمجنون لانهما ليسا باهل لحكمها
وهو الابتلا **قلنا** لا كذلك لان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا ترى
ان استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق اهل للحاجة
فيكون اهلا لقضايها وادنى طرق قضايها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك اليمين
شرع للتوصل اليه والحكم الاصلي يثبت للعبد وما زاد لك يخلفه المولى فيه فيكون كمن اشترى
بخيار البايع فمات المشتري فاجاز البايع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة بتصرف
باشره المورث بخلاف اسباب العبادات في حق الصبي والمجنون لان المراد بوجوب العبادات
شغل الذمة لتحقق الابتلا وهما ليسا باهل له فلا يثبت الاسباب الموجبة للابتلا في حقهما اذ
ليس لهذه الاسباب اصل وخلف حتى يثبت ما هو الاصل لهما والخلف لغيرهما في تصرف العبا
فافترقا **قوله** خلافا لزفر والشافعي وبه قال مالك واحمد لان السكوت لا يقوم مقام
الاذن في التصرف لان الاذن انابة والانابة لا تثبت بالسكوت كما لو باع الراهن والمرتهن
ساكت او باع المرتهن والراهن ساكت او راى عبده يتزوج وهو ساكت وكما لو راى اجنبيا
يتلف ماله وهو ساكت وكما لو باع اجنبي والمالك ساكت بخلاف السكوت في الشفعة
فان الشفعة تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور وصار كما لو راى القاضي الصغير
او المعتوه او عبدهما يبيع ويشتري فانه لا يكون اذنا وهذا لان السكوت يحتمل الرضى ويحتمل
السخط فلا يثبت الاذن بالشك الا ترى انه لا يجوز بيعه الذي راه فيه بالاجماع فلان
لا يجوز بيعه مالا اخر بعده اولى اذ لما لم يثبت الاذن فيه ففي غيره اولى ولنا ان العادة جرت
بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عبده ويؤدبه عليه فاذا لم ينهه علم انه راض فجعل السكوت
اذنا له دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيعاونونه حملا
لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند امر يعاينه
عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اما الجواب عن التصرف الذي راى فيه حيث لا
يكون مأذونا فيه بالاجماع لان تصرفه في ذلك العين بطريق الوكالة والتوكيل لا يثبت بالسكوت
ولكن يصير اذنا في غيرها بمنزلة ما لو راى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر او بالخنزير
فسكت يصير مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشرا كذا ههنا والمعنى ان في اثبات
الاذن في هذا التصرف الذي يراه ضرر في حق المولى وهو ازالة ملكه عما يبيعه فلا يثبت
بسكوته وليس في ثبوت الاذن في الحال في حق غيره ضرر في حق المولى اذ يملك حجره اما في
حق الناس ضرر بين في عدم ثبوت الاذن كما ذكرنا وكذا فيما راى اجنبيا يبيع ملكه فسكت
فان ضرر المالك متيقن في ثبوت الاذن بزوال ملكه عن العين في الحال وان كان بعوض ضرر
حتى لا يملكه احد عليه حالة الاختيار وكذا لم يثبت الاذن في مسئلة الرهن لان في ثبوت
الاذن ضرر في حق المرتهن بزوال حق الاستيفا بثبوت يده عليه فاذا زال عن يده ربما لا

لاتصل اليه من محل اخر فكان ضرر المرتهن اقوى من ضرر الراهن فلذلك لم يثبت الاجازة
واما مسئلة التزوج فانا لو اثبتنا عدم الاذن تتضرر العبد ضررا مموهوما فان ضرر
العبد في ان يدخل فيها على حسبان ان المالك اجازه وانه موهوم وضرر المراة بزوال
ملكها عن منافع بعضها للحال وهي في حكم العين ضرر ثابت بيقين على تقدير ثبوت الاذن فرجحنا
جانب المراة ولم نقل بالاجازة وكذا لم يجعل السكوت رضا في اتلاف المال لان الضرر هناك
يتحقق في الحال وسكوته لا يكون دليل التزام حقيقة ولانه لا حاجة الى تعيين جانب الرضا هناك
لدفع ضرر الغرور عن المتلف وهو ملتزم للضرر باقدامه على الاتلاف وهو موجب للضمان
بنفسه حقيقة بخلاف ما نحن فيه واما السكوت عن القاضي لا يكون اذنا لان الاذن من
القاضي قضا والقضا لا يثبت بالسكوت ولهذا اثبت الاذن بالسكوت من الاب اما لو اذن
القاضي وابي الاب صح اذن القاضي ولا يعتبر اباء الاب والمسئلة في تتمة الفتاوى لان القاضي
لما اذن راى المصلحة في الاذن بفعله ذلك اذا طلب الاذن من الاب وابى الاب صار الاب
عاضلا له فتنتقل الولاية الى القاضي بسبب العضل كالولي في باب النكاح فانه اذا عضل ينتقل
الولاية الى القاضي لما ان النكاح حقها قبل الولي فاذا امتنع الولي عن الايفا نقلت الولاية
الى القاضي ايفا لحقها كذا ههنا واما قوله السكوت يحتمل نقلنا نعم ولكن دليل العرف
يرجح جانب الرضي كما في سكوت البكر لدفع الضرر لكل من المبسوط والذخيره والايضاح **قوله**
في ساير التجارات اي جميعها يقال ساير الناس اي جميعهم كذا في الصحاح **قوله** فلا تتقيد
الاذن بنوع من التجاره وهذا بلا خلاف وانما الخلاف في الاذن بنوع فكان فايده ذكر معنى المسئلة
لبيان نفي الخلاف **قوله** لتعذر الاحتراز عنه اي عن غبن اليسير وعند الشافعي واحمد لا يجوز
الا بثمن المثل كما في الوكيل وعند ابي حنيفة يجوز بالغبن الفاحش ايضا سوا كان عليه دين او لا
وعندهما والشافعي واحمد وزفر لا يجوز بالغبن الفاحش لان المحاباه بالفاحش بمنزلة الهبة ابتدا
وهو لا يملكه كالاب والوصي والقاضي في مال الصغير ولهذا اعتبر الغبن الفاحش من المريض
من ثلث ماله كالهبه وله اي لابي حنيفة انه اي التصرف بالغبن الفاحش تجارة لا تبرع لانه وقع
في ضمن عقد التجاره والواقع في ضمن الشي له حكم ذلك الشي والماذون في حق التجاره ملحق بالاحرار
لانه متصرف لنفسه باهلية نفسه لا بحكم الامر فصح منه كما يصح من الحر ومن سواه يتصرف
للغير فيتقيد بالنظر والبيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهرين ليربح في
تصرف اخر **قوله** وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون وكذا المكاتب والمعتوه الماذون
ثم ابو حنيفة فرق بين البيع والشرا في تصرف الوكيل بالغبن وسوى بينهما في تصرف الماذون لان
الوكيل يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل بالشرا متهما في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر
الغبن اراد ان يلزمه الامر وهذا لا يوجد في تصرف الماذون لانه لا يرجع بما لحقه من العهدة على
احد فاستوى البيع والشرا في حقه كذا في المبسوط **قوله** ولو حابى اي العبد الماذون في
مرض موته يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا اما لو كانت المحاباة منه في مرض المولى
فمحاباته باليسير والفاحش يعتبر من الثلث عند ابي حنيفة كما لو حابى المولى بنفسه في مرضه وعندهما
محاباته باليسير كذلك وبالفاحش باطل وان كان يخرج من ثلث مالي المولى لانه لا يملك هذه المحاباة
بالاذن في التجارة كما لو باشره في صحة المولى **قوله** ولا وارث للعبد ولا يقال بان المولى
بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا سقط حقه في الثلث بالاجازة

فانه يصرف المريض في الكل فكذا ههنا **قوله** وله اي للماذون ان يسلم اي يجعل نفسه
رب السلم والمسلم اليه **قوله** وله ان يتقبل الارض اي ياخذها اجاره وفي المغرب تقبل
الارض ان يتقبلها انسان فيقبلها الامام اي يعطيها اياه مزارعة او مساقاة وياخذ الارض مزارعة
لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر الارض وانه انفع من الاستيجار بالدراهم فان هناك
يلزمه الاجر وان لم يحصل الخارج وههنا لا يلزمه شي بدون الخارج ولو كان البذر من قبل رب
الارض فهو اجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة فصار كما لو اجر نفسه بالدراهم فيجوز هذا
فكذا ههنا وله ان يدفع الارض مزارعة كما ذكرنا من الوجهين اما ليس له ان يدفع طعاما
الى رجل ليزرعه في ارضه بالنصف لفساد المزارعة على هذا الوجه فيكون كالقرض والقرض
تبرع كذا في المبسوط **قوله** شركة عنان قيد به لانه ليس له شركة المفاوضة لان مبناه
على الوكالة والكفالة والوكالة داخلة تحت الاذن دون الكفالة ثم يصح منه شركة
العنان مطلقا عن ذكر الشرا نقدا ونسيئة حتى لو اشترك الماذونان شركة على ان يشتريا
بالنقد والنسيئة لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه
والماذون لا يملك الكفالة ولو اذنا في الشركة بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فاشتركا
جاز كما لو اذنا في الكفالة ولو اشتركا مفاوضة بالاذن يصير عنانا كذا في المبسوط والذخيرة
قوله وله اي للماذون ان يوجر نفسه **قوله** خلافا للشافعي وكذا الوكيل انسانا
لا يجوز عنده في قول وفي الاصح يجوز وهو يقول اي الشافعي انه لا يملك العقد على نفسه لانه
اذن له بالتصرف في غير نفسه ولهذا لا يملك البيع على نفسه الى اخر ما ذكر في المتن ولنا
ان اجارة نفسه تجارة فيملكها وهو تصرف على غير نفسه بل على منافعه وانما لا يجوز بيع
نفسه لانه يبطل الاذن اصلا لانه يحجر به وكذا لا يملك رهن نفسه لانه ايفا من وجه فكان
بيع نفسه من وجه وبالاجارة لا ينحجر ويحصل المقصود وهو الربح فيملكه وما ذكر ينتقض بالحر
فانه لا يملك بيع نفسه ويملك اجارته اليه اشار في المبسوط **قوله** ماذون في جميعها اي
جميع انواع التجارة سوا نهي عن غير ذلك النوع او سكت ذكره في الايضاح وهو الملك له اي
للمولى يعني ان المقصود من التصرف حكمه وحكمه الملك وهو للمولى لا للعبد لانه بالرق خرج
من ان يكون اهلا للملك ولهذا يملك حجره ولا يملك حجر المكاتب ولو كان كالمكاتب لما ملك حجره ولكنا
لو اذنا له في التزوج بامراة بعينها لم يملك ان يتزوج غيرها و **قوله** على ما بيناه اي في اول
الكتاب وعند ذلك اي عند الاذن وفك الحجر يظهر مالكية العبد فصار كالمكاتب فلا يصح
تخصيصه بنوع دون نوع كالمكاتب وسر يحه ان تصرف العبد بعد الاذن يلاقي محلا هو ملكه
والمتصرف في ملكه لا يكون نايبا عن غيره فان اول التصرف بعد الاذن الشرا لانه لا يملك شيا
ليبيعه وبالشرا يلزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشرا بثمن يجب في ذمة
العبد ولو كانت مملوكة له لملكت ولم يتصرف العبد في ذمة المولى حتى يجعل نايبا عنه فيكون
اصيلا في التصرف بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره او في ذمة غيره لانه يثبت للتوكيل
بالشرا حق الرجوع عليه ولم يكن له قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر فصار
نايبا بخلاف الاذن في النكاح فان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه فان النكاح لا يجوز الا بولي
اما بولاية نفسه او بولاية غيره والرق يخرجه عن الولاية على نفسه فكان نايبا عن المولى ولهذا قلنا
ان المولى يجبره على النكاح اما هذا التصرف غير مملوك للمولى عليه فانه لا يملك البيع والشرا عليه

بدون اختياره فكان الاذن في التجارة فك الحجر **قوله** وحكم التصرف الى اخره جواب عن
قولهما ويثبت الحكم للمولى **قوله** وما استغنى عنه العبد ثبت للمولى على سبيل الخلافة
عنه فاذا ثبت ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر لا انابة لا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما
اذا رضي المستاجر ببيع عبد من زيد دون عمرو او سلم البايع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على
ان يتصرف فيه بنوع من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق المنع
قوله ومعناه الى اخره قيد به ليعلم به ان مقصود المولى من التصرف ليس بعقود متكررة
يكون اذنا في التجارة كما لو قال اشترلي ثوبا وبعه اما لو اذنه في التصرف في ثوب بعينه او شرا
كسوة او طعام لاهله لا يكون اذنا له لو اعتبر اذنا لضاق على الناس استخدام المماليك في
حوايجهم ولهذا لو امره ببيع ثوب عصبه العبد يكون اذنا في التجاره وان كان بعقد واحد
لانه لا يمكن جعله استخداما اذ ليس له ولاية الامر ببيعه لعدم ملكه اليه اشار في الذخيرة
قوله والمغصوب جايز سوا صدقه المولى او لا لان الغصب يوجب الملك عندنا اذا
الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة فيكون اقرارا بالمعاوضة وعند الشافعي واحمد
ومالك يجوز اقراره بدون المعامله فقط واقراره بالغصب والاتلاف يصح ان صدقه المولى
قوله لا بسبب التجارة وفي المبسوط غصب جاريه بكرا وافتضها دخل في يده وهرب
كان لمولاها ان ياخذ العبد بعقرها لان الفايت بالافتضاض جزء من ماليتها وهي مضمونة على
العبد بجميع اجزايها والعبد مواخذ بضمان الغصب في الحال ماذونا كان او محجورا ولان
هذا من جنس ضمان التجارة ولو اقر العبد انه وطي جارية بنكاح بغير اذن مولاها فافتضها لم
يصدق لانه ليس من التجاره فان وجوب العقر هنا باعتبار النكاح والنكاح ليس بتجاره وفي
الايضاح لو اقر بجناية على عبد او حر او بمهر وجب عليه بنكاح جايز او فاسد او بشبهة فان
اقراره باطل لا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت
بسبب التجاره فصار اقراره فيها واقرار المحجور سوا اما لو اقر بما يوجب القود يصح وللمقر له
استيفاوه وبه قال الشافعي ومالك وقال احمد ومحمد بن الحسن وزفر والمزني وداود لا يصح
وقد مر في الاقرار **قوله** ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وبقولهما قالت الايمة الثلاثه وهذا
اي النكاح ليس بتجارة اذ المال انما يجب بالنكاح لخطر المحل لا لكون البضع مالا **قوله**
وعلى هذا الخلاف الى قوله وللاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف لما انهما في رق
الصغير كالمكاتب وكذا ذكره في المبسوط والتتمه ومختصر الكافي واحكام الصغار وما ذكر في
المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات وفي الكافي يحتمل ان يكون في المسئله روايتان وقال
الامام حسام الاخسيكثي ويحمل ما اطلق في المكاتب على ما ذكره ههنا ويجعل في المسئله روايتان

ولا يكاتب الماذون لانه اي عقد الكتابة ليس بتجارة اذ هي اي التجارة والبدل فيه اي في عقد
الكتابة ولان الكتابة اقوى من الاذن اذ الكتابة موجبه حريه اليد للحال وحريه الرقبة في المال
والاذن لا يوجب شيا من ذلك والشي لا يتضمن ما هو اعلى منه كما ان الكتابه لا يتضمن الاعتاق ولانه
اعلى من الكتابة والا ان يجيزه المولى اي عقد كتابته ولا دين عليه اي على الماذون لان المولى باجازة
عقد الكتابة يخرجه من ان يكون كسبا للماذون وقيام الدين عليه يمنع من ذلك قل الدين او كثر
لتعلق حق الغرما به ولهذا لو اخذه من يد الماذون وعليه دين قل او كثر يمنع منه خصوصا عند ابي
حنيفه اذا كان على العبد دين محيط حتى لا يملكه وعندهما لا يجوز لتعلق حق الغرما به كذا في المبسوط

والايضاح **قوله** ويصير العبد اي العبد الماذون نايبا عنه اي عن المولى في عقد الكتابة
عند الاجازة فترجع الحقوق الى المولى وهي مطالبه بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت
الولا بعد العتق اذ حقوق العقد في باب الكتابه لا تتعلق بالوكيل فلا يملك الماذون قبض البدل
قوله فالاعتاق اولى لانه اعتاق في الحال وهذا اذا لم يجز المولى اما اذا اجازه ولا
دين على الماذون جاز لانه يملك انشا العتق عليه فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون الماذون
واما اذا كان على الماذون دين فاجاز العتق جاز وضمن قيمته للغرما الديون عندهما كما لو انشاه
العتق ولا سبيل للغرما على العوض بخلاف الكتابة لان ما يوديه كسب الحر وحق للغرما غير متعلق
بكسب الحر فاما بدل الكتابه فيوديه في حال الرق فيتعلق به حق الغرما كذا في الايضاح **قوله**
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه وبقولنا قال احمد وقال الشافعي ومالك لا
يملك ذلك ايضا بغير اذن المولى لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبه دراهمه ولنا انه عليه الصلاة والسلام
يجيب دعوه المملوك وروى ابو سعيد مولى ابي اسيد انه تزوج فحضر دعوته ناس من الصحابة
منهم ابن مسعود وحذيفه وابو ذر فامهم وهو يومئذ عبد والمراد الماذون اذ المحجور لا يقدر على
الضيافة اليسيره ولانه اي اهدا اليسير والضيافه من ضرورات الاذن في التجارة لان التاجر يحتاج
اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين المجاهز عند العامة الغني من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث
التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وفي الذخيره ان يتخذ
الضيافة اليسيره وليس له ان يتخذ الضيافه العظيمة لان اليسيره من صنيع التجار دون العظيمه
وقال محمد بن سلمة في الحد الفاصل بين اليسيرة والعظيمة ينظر الى مقدار مال تجارته فان كان عشرة
الاف واتخذ ضيافة بمقدار عشره كان يسيرا ولو كان مال تجارته عشره مثلا واتخذ ضيافته
بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا عرفا اما الهدية فيملك الاهدا بالماكولات لا بما سواها اذ قضية
القياس عدم جواز الاهدا لانه تبرع ولكن ترك القياس بالعرف والعادة وعرف التجار الاهدا
بالماكولات فيرد ما سواه الى القياس واليه اشار في المبسوط ايضا وفي المغني الاب والوصي لا يملكان
في مال الصغير ما يملك الماذون من اتخاذ الضيافه اليسيره والهديه اليسيره ويملك التصدق
بالفلس والرغيف وبالفضه بما دون الدرهم لان ذلك من صنيع التجار **قوله** ونحوه
اي نحو الرغيف كالفلس وما دون الدرهم وكذا الامه في بيت مولاها تطعم وتتصدق على الرسم
والعادة بدون الاذن صريحا للعرف والعادة ولما روى ابو امامة انه عليه الصلاة والسلام
قال في خطبته عام حجة الوداع ولا تخرج المراة من بيت زوجها الا باذنه ولا الطعام فقال
عليه الصلاة والسلام الطعام افضل اموالكم محمول على الطعام المدخر كالحنطة ودقيقها فاما
غير المدخر تتصدق به على رسم العادة ولا يكون ذلك باذن الزوج عرفا وله ان يحط من
الثمن اي للماذون بالعيب وبدون العيب لا خلافا للايمة الثلاثة فان عندهم لا يحط اصلا
قوله يباع للغرما اي يبيعه القاضي بغير رضى المولى بالاتفاق عند اصحابنا اما عندهما
فظاهر لان الحجر على المديون يجوز عندهما واما عند ابي حنيفه لا يجوز الحجر على المديون ويجوز ههنا
والعذر له انه ليس في هذا حجر على المولى لان المولى محجور عن بيعه قبل ذلك فانه لو باع العبد
الماذون المديون بغير رضى الغرما لا ينفذ فكان هذا بمنزلة المستغرقة بالدين فانه يبيع القاضي التركة
على الورثة بغير رضاهم لقضا الدين فكذا هذا ولا يكون ذلك حجرا عليهم كذا في الذخيره ويبيع كسبه
بغير رضى الماذون فابو حنيفه لا يرى الحجر على الحر انما يرى الحجر على العبد الا ترى ان المولى يحجره وفي

النهاية وما ذكر في بعض حواشي المقروه على الاساتذه بان معنى قوله يباع للغرما ان يجبر القاضي
المولى على البيع حتى يستقيم على قول ابي حنيفة لا وجه لصحته اصلا بل يبيع القاضي العبد بدون رضا
المولى لما ذكرنا من روايه الذخيره وقال زفر والشافعي لا يباع في الدين ويتعلق الدين الفاضل
عن كسبه بذمته يوخذ منه بعد العتق كما لو استقرض بغير اذن سيده وبه قال ملك وقال احمد
يتعلق بذمة المولى لانه لزمه بمعاوضة السيد فيجب عليه كالنفقه **قوله** وذلك اي عرض
المولى من اذنه تحصيل مال بمال لم يكن لا تفويت مال قد كان وذا في اذا دين التجاره من كسب
التجارة لا مال الرقبه يعني غرضه تعلق الدين بكسبه لا برقبته كما ذكرنا ان فيه تفويت مال قد
كان والعبد الذي لا كسب في يده معسر فكان مستحقا للنظره شرعا لاطلاق الاية لانه اي
الاستهلاك نوع جناية ولا تعلق له بالاذن اذ وجوبه بالجنايه ولهذا يباع بدين الاستهلاك
قبل الاذن فكذا بعده **قوله** وهذا اي كون دين تجارته متعلق برقبته باعتبار ان
سببه التجاره وهي التجاره داخله تحت الاذن و **قوله** تعلق الدين برقبته جواب عن قوله
ان غرض المولى استيفا حامل على المعامله اذ لا بد للدين من محل يستوفى منه واقرب المحال
اليه نفسه لانه وجب عليه وهو مال وتعلق الدين برقبته حامل للغير على المعامله فيصلح
عوضا للمولى من هذا الوجه وينعدم الضرر في حقه اي في حق المولى بدخول المبيع في ملكه
اي في ملك المولى **فان قيل** كيف يتصور هذا وقد قال بعده يبدا بالكسب فاذا
كان المبيع الذي من كسب العبد باقيا كيف يباع الماذون **قلنا** جاز ان يكون هذا
المبيع هو المبيع الذي اشتراه الماذون وادى ثمنه ثم قبضه المولى ولا دين على العبد ثم
ركبته الديون فيبيع الماذون بسبب ديون لحقته بعد ما اخذ المولى المبيع فانه قال في
المغني ولو اخذ المولى شيا من كسبه ولا دين عليه ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما اخذ
ان كان قايما وضمانه ان كان مستهلكا و **قوله** لا ينافي تعلقه بالرقبه جواب عما قال
الشافعي ان تعلقه بالرقبه ينافي مقصود الاذن وفي المبسوط والمغني واصحابنا استدلوا بما
روي انه عليه الصلاه والسلام باع رجلا في دينه يقال له سرق وحين كان بيع الحر جايزا ومن ضروره
بيع الحر في دينه بيع العبد في دينه وما ثبت بضروره النص فهو كالمنصوص ثم انفسخ بيع الحر
وبقي بيع العبد مشروعا فيباع في دينه كذا قيل وفيه نوع تامل و **قوله** اي قول صاحب
القدوري في الكتاب اي القدوري ويحترز بقوله المراد به دين وجب بالتجارة عن دين وجب
بالنكاح بان تزوج امراة فوطيها ثم استحقت حيث وجب المهر عليه ولا يظهر ذلك في حق
المولى لان وجوبه بالنكاح وهو ليس من التجاره اما لو تزوج باذن المولى يظهر في حقه يباع فيه
كذا في المبسوط و **قوله** كالبيع والشرا نظير دين التجاره والاجاره والاستيجار الى اخره
نظير ما هو في معنى التجاره ثم صوره الدين بسبب الاجارة ان يواجر شيا ويقبض الاجره ولم
يسلم المستاجر حتى انقضت المدة ووجب عليه رد الاجرة وذكر الامانات بعد الودايع لان
الامانه اعم من الوديعة كمال المضاربة والعارية والشركه والبضاعة وهذه الاشيا عند
الجحود بها تجعل غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشيا ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا
للامانه بالجحود وكذا يواخذ بضمان عقر الدابة واحراق الثوب في الحال ويباع رقبته فيه وقيل
هذا محمول على ما اذا اخذ الدابة او الثوب اولا حتى يصير غاصبا بالاخذ ثم عقرها واحرقه
اما لو عقر او احرق الثوب قبل القبض ينبغي على قول ابي يوسف ان لا يواخذ به في الحال **قوله**

لاستناده

لاستناده اي استناد وجوب العقر الى الشرا اذ وجوبه بسبب الشرا فانه لولاه لوجب عليه
الحد وسوا ثبت باقراره او بالبينه **قوله** ولا يباع ثانيا بخلاف دين نفقه المراد حيث
يباع فيها مرة بعد اخرى لانها تجب شيا فشيا بخلاف المهر فانه اذا بيع في مهر ولم يف الثمن
لا يباع ثانيا لانه بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق كذا ذكره التمرتاشي كيلا يمتنع
البيع يعني اذا علم المشتري انه يباع في يده ثانيا بلا رضاه يمتنع عن الشرا فيمتنع البيع فيتضرر
الغرما او دفعا للضرر عن المشتري فان المشتري لم ياذنه بالتجارة فلو بيع ثانيا بدون رضاه
لتضرر به للزومه بدون التزامه اما المولى الاول بالاذن ملتزم ضرر البيع **قوله** ويتعلق
دينه اي دين الماذون بما يقبل من الهبة وكذا الصدقه قبل لحوق الدين او بعده فدينه تتعلق
بما يكسبه سوا بسبب التجارة او غيرها عندنا وبه قال الشافعي في الاصح وقال زفر لا يتعلق وبه
قال الشافعي في قول والهبة للمولى لا حق للغرما فيها لانها ليست من التجارة ووجوب الدين عليه
بسبب التجارة فكانت كساير املاك المولى الا ترى انها لو ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد
وقلنا كسب العبد له والمولى يخلفه في ملكه بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ وصار كالوارث
فانه لا يملك شيا من التركه الا بشرط الفراغ من دينه بخلاف الولد لانه ليس من كسبها كما ان نفسها
ليست من كسبها فكذا الولد لانه جز متولد من عينها والحق يتعلق بكسبها حتى لو لحقها الدين ثم ولدت
يتعلق لان نفسها تباع في الدين فكذا ولدها وهذا بخلاف الدفع في الجناية فان جنايته اذا ولدت
لا يتعلق في ولدها ولا حق لاوليا الجناية في ولدها لان حقهم هناك في بدل المتلف وهو ارش
الجناية او في نفسها جزا على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متاكد بدليل يمكن المولى من التصرف فيها
كيف شا بالبيع وغيره فلا يسري الى الولد وهنا حق الغرما متاكد في ذمتها بدليل انه لا ينفذ تصرف
المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرما حقهم فيسري اليه كذا في المبسوط **قوله** وله
اي للمولى ان ياخذ غلة مثله اي الضريبه التي ضرب المولى على عبده كل شهر عشرة دراهم مثلا
فياخذ بعد الدين كما كان ياخذها قبل استحسانا وفي القياس لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى
في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع للغرما لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل الكسب
الا بقا الاذن في التجارة فلو منعناه من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب كذا في المبسوط
والايضاح وفي المغرب الغله ما يحصل من ريع ارض او كرايها واجرة الغلام ونحو ذلك وقد اغلت
الضيعه فهو مغله **قوله** ويشترط علم اكثر اهل سوقه وقال الشافعي يصح الحجر بغير علم العبد
واهل السوق كما في عزل الوكيل لان الاذن عنده نيابه كالوكالة وبه قال ملك واحمد وفي الدر حجر
اشتراط علم اكثر اهل السوق لحجره في الحجر القصدي اما لو ثبت الحجر ضمنا لا يشترط علمهم ولا علم
واحد منهم حتى لو باع المولى العبد الماذون يحجر ضمنا لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمي
في الوكيل **قوله** وان بايعه الذي علم بحجره ان هذا للوصل يعني اذا لم يعلم بحجره اكثر اهل
سوقه لا يحجر في حق من علم بحجره ايضا كما لا يثبت في حق غيره **فان قيل** المعنى الموجب علم
اكثر اهل السوق دفع الضرر عن الناس وهذا المعنى غير موجود في حق من علم رجل او رجلين لانه
لما علم بحجره انعدم المعنى الموجب وهو الغرور في حقه فينبغي ان يثبت في حقه ولم يجز بيعه كما في
خطاب الشرع اذا علم بخبر واحد لا يعذر في تركه **قلنا** صحه الحجر لما توقف على التشهير
لا يصح بدونه اذ المشروط لا يثبت بدون شرطه وذلك لان الحجر ضد الاذن وكما ان الاذن
لا يقبل التخصيص فكذا الحجر لا يقبله بخلاف خطاب الشرع اذ حكمه يثبت في حق من علم به ويقبل

التخصيص كذا في المبسوط وفي الذخيرة لما بقي الاذن في حق من لم يعلم من اكثر اهل السوق بقي في
حق من علم لان الاذن بالتجارة لا يتجزى الا ترى ان في الابتدا لا يتجزى فكذا في الانتهاء ثم قال
فان قيل هذا العذر ليس بصحيح فان الاذن اذا كان عاما وحجر عليه بمحضر اهل السوق يصير
العبد محجورا ولو كان ما ذكرتم من المعنى صحيحا ينبغي ان لا يصير محجورا لان الحجر لا يعمل في حق الذي
لم يعلم بالحجر وبقي الاذن في حقه فينبغي ان لا يعمل في حق الباقين لعدم تجزيه **قلنا** القياس
هكذا لكن هكذا ترك القياس للضروره اذ تبليغ الحجر الى كل واحد من اهل سوقه متعسر فاقمنا تبليغه
الى الاكثر مقام تبليغه الى الكل الا ترى انه عليه الصلاة والسلام كان مامورا بتبليغ ما انزل
الى كل الناس كافة ولم يبلغ الى الكل بل بلغ الى الاكثر فقام ذلك مقام تبليغ الكل **قوله** او
جن المراد الجنون المطبق اما اذا لم يكن مطبقا بان يجن ويفيق لا يحجر وفي الذخيره اختلفوا في المطبق
فقال محمد ما دون الشهر مطبق وشهرا فصاعدا مطبق ثم رجع فقال ما دون السنه غير مطبق
والسنه فما فوقها مطبق وعن ابي يوسف اكثر السنه فصاعدا مطبق وما دونه لا **قوله**
وقال الشافعي يعني ما دونه وبه قال مالك واحمد وذكر في المبسوط وقال زفر لا يصير محجورا به
لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن حتى لو اذن الابق يجوز لان الاذن باعتبار ملكه لا يختل ذلك
بالاباق وصار كالغصب والحبس حتى لو غصبه غاصب او حبس بدين عليه او على غيره لا يحجر
فكذا بالاباق ولنا ان الاباق حجر دلالة اذ الظاهر ان المولى لا يرضى بتصرف الابق المتمرد الابق
وانما يرضى بتصرفه ما بقي تحت طاعته ليتمكن من قضا دينه بكسبه والاباق يمنع ابتدا الاذن
على ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده وبعد التسليم فالدلالة ساقطة عند صريح الاذن
قوله لان الانتزاع اي انتزاع مكاسبه من يد الغاصب متيسر بالمرافعة الى الحاكم
حتى لو لم يمكن الانتزاع من يده بان جحد الغاصب ولا بينه لا يصح ابتدا الاذن ولا بقاوه ذكره
في الذخيره ولو عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود كما لو حجره
صريحا **قوله** فكذلك اي الاستيلاد حجر عليها قال المحبوبي باول المسئلة اذا استولدها
من غير تصريح الاذن حتى لو قال بعد الاستيلاد لا اريد الحجر عليها لا يتحجر هو اي زفر
يعتبر البقا بالابتدا فان في الابتدا لو اذن لها يصح فكذلك يبقى بالاستيلاد كما في التدبير
وهو القياس وقياس قول الائمة الثلاثة واستحسنا وقلنا لا يحجر لان العادة ان الانسان يحصن
ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس ودلالة العادة تعتبر عند عدم التصريح بخلافها
الا ترى ان تقديم المايدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عرفا وعادة فاما اذا قال بعد
التقديم لا تاكل لم يكن ذلك اذنا كذا في المبسوط **قوله** اكثر من قيمتها وانما وضع المسئلة
في اكثر من قيمتها لتظهر الفايدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة **قوله** ولا منافاة
بين حكميهما اي حكم التدبير والاذن لان بالتدبير ثبت حق العتق وان كان لا يفيد في انفكاك الحجر
فلا يوثر في الحجر عليه كذا في المبسوط **قوله** ومعناه الى اخره وانما احتاج الى ذكر تاويل المسئلة
بقوله ومعناه كذا لان مطلق الاقرار بما في يده يفهم منه الغصوب والديون لا الامانات ولهذا
قدم ذكر الامانه وقيد فيما في يده لانه لو اقر باستهلاك رقبته لا يجوز بالاجماع حتى اذا لم يف
ما في يده لا يباع رقبته بالاجماع ولا فيما انتزعه المولى ثم اقر في يد المشتري بدين عليه لا يصدق
بالاجماع وكذا لو كان في يده كسب حصل بالاحتطاب والاصطياد ونحوه مما هو ليس بتجارة لا
يصدق بالاجماع **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره وبه قال الائمة الثلاثة

ويوخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه **قوله** لان يد المحجور غير معتبره ولا يلزم عليه ما
لو اودع المحجور انسانا وغاب لم يكن للمولى اخذه فلو لم يعتبر يده لما اشترط حضرته لان المسئله ماوله
بما اذا لم يعلم المودع ان الوديعه كسب العبد اما لو علم فللمولى اخذه كذا في الذخيره ولهذا لا يصح
اقراره في حق الزياده يعني لو اقر باكثر مما في يده لا يباع رقبته لاجل الزيادة بالاجماع **قوله**
بخلاف ما انتزعه المولى الى اخره جواب عن قولهم وصار كما لو اخذ المولى كسبه يعني لم يبق هناك
اثر من اثار ذلك الاذن ويد المولى عليه ثابتة حقيقه وحكما فلا يبطل باقراره **قوله** فلا
يبطل اي ملك المولى في الرقبة باقرار العبد من غير رضاه اي المولى اذ لا يد للعبد في رقبته بعد
الحجر **قوله** على ما عرف اي في حديث بريره فلا يبقى اي للعبد من حكم الاذن الذي كان
ثابتا عليه للمولى بحكم انه ملك المولى وانما يملك العبد كسبه بحكم ذلك الملك ولهذا لم يكن
اي العبد خصما في حقوق عقد باشره عند الاول قبل بيعه من التسليم والتسلم والرد بالعيب وان
كان خصما فيها بعد الحجر قبل البيع وعلى هذا اذا حجر الماذون وفي يده الف فاقر بعد ما اذن ثانيا
بالف كان لزمه في الاذن الاول قضي من ذلك الالف عنده وعندهما هذا الالف للمولى
ويصح هذا الاقرار فيومر المولى بقضا الدين او ساع فيه وفي الاسرار وعلى هذا الخلاف اذا
حجر الصبي الماذون وفي يده كسب فاقر به صح عنده خلافا لهما **قوله** وقالا اي ابو يوسف
ومحمد يملك ما في يده وينفذ عتقه وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** وهو اي سبب الملك
في الكسب ملك الرقبة لان ملك الاصل علة ملك الفرع فكما ان الدين لا يمنع ملك المولى في رقبته
بالاتفاق فيجب ان لا ينافي ملكه في كسبه وحاجته الى قضا دينه ينبغي ان لا يمنع ملكه كما ان حاجته الى
النفقه والكسوة لا يمنع ملك المولى ولان المولى لو وطي جارية عبده الماذون فجاءت بولد فادعاه
ثبت نسبه وان كان عليه دين محيط بالاجماع ولا يغرم عقرها ولو لم يملك ينبغي ان يغرم عقرها
وهذا اي نفوذ اعتاقه وحل وطيه انه كان ملكه في الرقبه وتعلق حق الغرما به استيفا لا يمنع
ملك المولى لرقبته بخلاف الوارث اذا اعتق عبدا من التركه وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ
لان الملك انما ينتقل الى الوارث عند استغنا الميت عنه نظرا للميت ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب
لان الصرف الى الاقرب انفع له ومتى كان على الميت دين يقدم حق الغريم على الوارث لان النظر في
ضده وهو عدم ثبوت الملك للوارث لان قضا الدين فرض عليه والدين حايل بينه وبين به اما
ملك المولى كسبه لا بسبب باعتبار النظر للعبد بل لاستحقاقه ثبوت ملك الرقبه للعبد لانه مملوك
مالا مستحيل ان يكون مالكا له ولهذا يخلفه المولى في ملك الرقبه وهذا المعنى لا يختلف مع قيام الدين
وعدمه **قوله** على ما قررناه اي في مسئلة تعلق الدين بكسبه في قوله واما الجواب عن قولهما
ان الدين لا يمنع ملك الرقبه فكذا لا يمنع ملك الكسب ان المولى لا يخلفه في ملك الرقبه بل كان
مالكا لرقبته لا باكتساب من العبد حتى يملكه فيها بعد لحوق الدين كما في المكاتب فان المولى
يملك رقبته وينفذ عتقه فيها ويودي بها كفارته ولا يملك كسبه لقيام حاجته فيه فكذلك في
الماذون لا يملك كسبه وان كان يملك رقبته وحاجته الى قضا دينه ليس كحاجته الى الطعام
والكسوه فان الرقيق لا يحتاج الى ذلك لانه يستوجبها على المولى اذا لم يكن كسب اما الدين فلا
يوديه المولى فكانت حاجته الى الكسب فوق حاجته الى النفقه والكسوة وعن قولهما يثبت نسبه
ولا عقر عليه ان حق الغرما في الكسب من حيث المالية لا من حيث العين ولهذا للمولى حق تملكه واستخلاصه
باداء الدين في محل آخر فكان حاله اقوى من حال الاب اذا وطي جارية ابنه وادعى نسب ولده

حيث يثبت لان له حق تملكها بالقيمة ولم يغرم من العقر شيئا فكذا ههنا اليه اشار في المبسوط
والايضاح واما قولهما ان المولى يملك الكسب لا بطريق الخلافة والنظر للعبد الى اخره قلنا
العبد ليس باهل للملك مستقر لكنه اهل لملك ينتقل الى غيره اذا فرغ من حاجته وهذا لان العبد
من حيث انه ادمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا ملك
المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لا يملك اصلا فعلمنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا
عملا بالشبهين **قوله** فالعتق فرعه اي العتق فرع بثبوت الملك وعدمه لانه فرعه
وكذا لو قال له هذا ابني يثبت نسبه ان كان مجهول النسب عندهما ويعتق وعنده لا يثبت
ولا يعتق وكذا لو قتل عبده عبده الماذون يغرم قيمته في ثلاث سنين عنده لانه لم يملكه
فصار كقتل عبد الاجنبي فكان ضمان جناية وعندهما يغرم قيمته للحال لانه قتل عبده وتعلق به
حق الغرماء فيضمن حقهم للحال **قوله** وكذا عتقه اي عند ابي حنيفة في قوله الاخر وفي
قوله الاول لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل
والكثير كما في الرهن وفي قوله الاخر الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا
يجوز ان يمنع الملك في الكل لان شرط عدم الملك في الكل لم يوجد ولا يجوز ان يمتنع بقدره
لان البعض ليس باولى من البعض فيثبت الملك في الكل واصله ان استغراق التركة بالدين يمنع
يمنع ملك الوارث في التركة وبه قال الشافعي واحمد في رواية وقال في قول واحمد في رواية
لا يمنع وبه قال مالك ولا يتعلق حينئذ حقه بماله في غير المحيط نفي قول ابي حنيفة الاول كذلك
وفي قوله الاخر يملك الوارث جميع التركة وسيجي بعد ان شاء الله **قوله** اذا كان عليه
دين قيد به لانه نص في المعنى انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه من المولى شيا ولا بيع
المولى منه شيا حتى لا يثبت فيه الشفعة **قوله** وان باعه بنقصان لم يجز اي عند ابي حنيفة
سوا كان النقصان يسيرا او فاحشا وعندهما يجوز ويخير المولى على ما يجي لانه اي العبد متهم
في حقه اي حق المولى بخلاف ما اذا حابى الاجنبي حيث يجوز سوا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة
قوله لا تهمة فيه ولا يقال احتمال التهمة فيه ايضا موجود لان مجرد الاحتمال لا يعتبر
وانما المعتبر الناشي عن الدليل **قوله** وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول المسئلة ومعطوف
على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى بتقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز
بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في بقوله
وبخلاف ويجوز بغير الواو ويتعلق حينئذ بحكم قوله المتصل وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
اي انه يجوز في كل حال سوا كانت المحاباة فاحشة او يسيرة او بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه
لا يجوز بكل حال من الاحوال الثلاثة عند ابي حنيفة وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو ثابتة
قوله وهذا اي جواز البيع مع التخيير يدفع الضرر عن الغرماء منهما اي من المولى والاجنبي
مترددا الى اخره وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وان باعه بنقصان
لم يجز عنده ويجوز عندهما ويخير المولى الى اخره والصحيح ان قوله كقولهما لان المولى يتسلل من تخليص
كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع
مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما ايضا كالمريض المديون
مع الاجنبي والاصح ان هذا قولهم جميعا لان العبد مع المولى كالمريض مع الاجنبي وكذا ذكره في
مبسوط الاسبيجابي وفي النهاية ما ذكره في الكتاب بقوله وان باعه بنقصان لم يجز عنده وقال

٢٥٧

ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى الى اخره وقع على غير الاصح **قوله**
وان باعه المولى الى قوله جاز البيع اي بالاجماع اما عنده فلان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين واما عندهما فلا جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فانه يخرج من كسب العبد الى ملك
المولى ما كان المولى ممنوعا عنه قبل ذلك لحق الغرماء ويدخل في كسب العبد ما لم يكن يتعلق به
حق **قوله** فان سلم المبيع اليه اي الى العبد بطل الثمن وفي المبسوط هذا جواب ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف هذا اذا استهلك العبد المقبوض فان كان قايما في يده فللمولى ان يسترده
حتى يستوفي الثمن من العبد لما انه اسقط حقه من العين بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه
في العين على حاله وجه ظاهر الرواية ما ذكر في المتن ولا يستوجبه اي الدين على عبده لان
الدين يعرف بحق المطالبة فلو كان للغير على العبد دين كان المطالب هو المولى مع العبد حتى يقضي دينه
فلو كان له عليه دين لصح ان يطالب نفسه به وهو محال ولان الوجوب لا يراد لعينه بل للاستيفاء ولا يجوز
ان يجب استيفا ماله من ماله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا اي حينئذ المولى احق بذلك الثمن من
الغرماء لانه بالعقد ملك العرض لعينه ولا يجب دينا في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه في يد
عبده وهو احق من الغرماء كما لو غصب العبد شيا من ماله او اودع ماله عند عبده اما لو باع
العبد من المولى شيا وسلم المبيع اليه قبل الثمن لا يسقط الثمن عن المولى لجواز ثبوت الدين على المولى
للعبد كذا في المبسوط **قوله** فان امسكه اي حبس المولى المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد
جاز وانما ذكر هذه المسئلة دفعا لشبهة ترد على قوله ولا يستوجب المولى على عبده دينا بانه لما لم يستوجب
على عبده دينا ينبغي ان لا يملك حبسه سوا سلم المبيع او لم يسلمه فبين الفرق لهذه المسئلة فقال
له حق حبس المبيع كما لو باعه من مكاتبه لان البيع يزيل الملك في العين ولا يزيل ملك اليد ما لم
يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي الثمن ولان للدين تعلقا بالعين
وهو المبيع قبل التسليم فصار شبيها بالعين فيجوز ان يكون للمولى حق فيه كما في العين ولهذا يستوجب
بدل الكتابة على المكاتب وهو دين لما انه مقابل برقبة المكاتب بخلاف ما اذا سلم له فات التعلق
به اصلا فصار دينا مرسلا والحاصل ان ما وجب من الثمن قبل التسليم ليس بدين مطلق فجاز القول
بوجوبه وبعد التسليم صار دينا مطلقا فوجب القول بسقوطه **قوله** ولو باعه اي
المولى من عبده الماذون شيا باكثر من قيمته يومر بازالة المحاباة سوا كانت الزيادة قليلة
او كثيرة **قوله** كما بينا اشارة الى قوله ويخير المولى بين ازالة المحاباة الى اخره فصاحب
الكتاب اطلق لفظ المحاباة ههنا من غير ذكر خلاف وهذا وقع في اختيار صاحب المبسوط بين
الاصح كما ذكرنا اما على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز
اصلا عند ابي حنيفة فلا يرد التخيير عنده وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفي الكافي ويحتمل
ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول **قوله**
فعتقه اي اعتاقه جايز ولا يعلم فيه خلاف ثم في هذه المسئلة قيود احدها ان المولى يضمن
من قيمته رب الدين والثاني ان الدين لو كان اكثر من قيمته يلزمه قيمته تامة فقط والثالث
ان ضمانه بالاعتاق لا يتفاوت بين كونه عالما بدينه او لم يكن والرابع ان الدين على العبد بسبب
التجارة او غيرها من الغصب والاتلاف وجحود الوديعة يلزمه قيمته والخامس انما يضمن باعتاق
القن المديون اما في اعتاق ام الولد والمكاتب الماذون المديون والمدبر الماذون المديون لا ضمان
عليه كما ذكره في الكتاب واعتاق الماذون المديون يخالف اعتاق العبد الجاني في حق احدهما

ان علمه بالجناية يوجب اختيار الفدا فيلزمه ارش الجنايه سوا كان زيادة على قيمته اولا وان
لم يعلم يلزمه من قيمته مقدار ارش الجناية وقيمته اكثر يلزمه عشرة الاف الا عشره ولا يضمن قيمته
تامة لان المستحق في الدين مالية الرقبة تبعا للدين فبالاعتاق اتلف ذلك فيلزمه قيمته سوا كان
عالما بالدين او لا كما في اعتاق المرهون اما في اعتاق الجاني بوجوب القيمه باعتبار الجنايه وقيمه
العبد بالجناية لا يزيد على عشرة الاف الا اليه اشار في المبسوط والايضاح **قوله** وان شاوا
اي الغرما ضمنوا المشتري قيمه هذا التخيير لهم اذا باعه المولى بغير اذنهم وبغير اذن القاضي
والدين حال ولا يفي الثمن بديونهم حتى لو باعه باذنهم او باذن القاضي او الدين موجل او يفي الثمن
ديونهم لا ضمان على المولى في هذه الوجوه وذكر هذه القيود في الذخيره والمبسوط ولو باعه
المولى مع حضرة الغرما او غيبتهم والدين موجل جاز بيعه لانه باع ملكه مع قدرته على تسليمه
وحقهم متوخر الى زمان حلول الاجل وان كان دينهم حالا لم منعه من البيع ذكره في الذخيرة والمبسوط
فان قيل حق الغرما كحق المرتهن وذلك يمنع الراهن من البيع سوا كان الدين حالا او موجلا
وكحق الغرما في مال وذلك يبطل التصرف المبطل لحقهم سوا كان الدين حالا او موجلا **قلنا**
لا كذلك اذ للمرتهن في الرهن ملك اليد وذلك قائم مقام التاجيل في الدين وبه يعجز الراهن عن
التسليم وليس للغرما ملك اليد في الماذون ولا في كسبه وانما لهم حق المطالبة بقضا الدين
وذلك متاخر الى حلول الاجل وتصرف المريض في ماله انما نفذ ما دام حيا وبعد موته لا يبقى الاجل
ولهذا لا يتصرف الوارث في تركته وهو مريض فصار الدين في الحال فلما لم يبق الاجل بعد موته كان الدين
الحال والموجل سوا اما ههنا لا سبيل للغرما على منع المولى من التصرف او مطالبته بشي حتى يحل
دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو الماليه اما اذا كان الدين حالا فلهم
منعه من بيعه لان لهم حق المطالبة والاستيفا فيه وانما قيد ضمان كل واحد من البايع والمشتري
بالقبض والتغييب لانهما لا يضمنان بمجرد البيع والشرا بل بتغييب ما فيه حق الغرما وهو العبد فانهم
يبيعونه او يستسعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتغييب لا بمجرد البيع والشرا **قوله**
كما في المرهون يعني الراهن اذا باع الرهن بلا اذن المرتهن ثم اجاز المرتهن البيع يجوز وكذا ههنا ثم
اختلف المشايخ في قول محمد في الاصل اذا باعه بغير اذن الغرما والقاضي فبيعه باطل اي سيبطل
لانه بيع موقوف على اجازة الغرما وللغرما حق ابطاله وقيل معناه فاسد اما لو اجازوا البيع
او قضى المولى دينهم نفذ البيع لزوال المانع كالراهن اذا قضى دين المرتهن نفذ بيعه اما اذا لم يكن
شي من ذلك والغرما وجدوا العبد في يد المشتري ولم يجدوا البايع لم يكن المشتري خصما في نقض
البيع على قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا في المبسوط **قوله** فللمولى ان يرجع بالقيمه
اي على الغرما وحقهم في العبد لزوال سبب الضمان **قوله** واعلم ان المشتري بان قال هذا عبد
مديون وفايدة الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بينهما
وان لم يكن لازما في حق الغرما اذا لم يكن في ثمنه وفا بدينهم في الاول اي الاستسعا بام موجل والثاني
اي البيع بالنقض معجل **قوله** فان وصل ولا محاباة في البيع الى اخره في النهايه في هذا اللفظ
نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم بخلاف ما لو كفل بغير امره ثم
اجاز الاصيل الكفالة لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة
ولم يصر المولى مختارا للقضا ما عليه بالبيع كما في الجناية فانه يصير مختارا للفدا اذ الدين ههنا واجب على
العبد وامكن استيفاوه منه بقدر العتق ولا يصير مختارا كما هو المذكور في نكاح الجامع الكبير لفخر

الاسلام والجامع الصغير لقاضي خان والذخيره وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباه ولكن الثمن اذا
كان لا يفي بديونهم لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستسعا فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في
الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع
محاباة فبقي لهم ولاية الرد للاستسعا اللهم الا ان يريد فان وصل فلا محاباه في البيع رضي الغرما
باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال
ارادة احضار الثمن والتخليه بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينحصر ذلك اللفظ حينئذ
بانا لا نسداد باب الرد لهم من كل وجه والمعول ما ذكره قاضي خان في جامعه وتاويله اذا باع
بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعا الى ان يصل اليهم حقهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعا
في ملك المشتري فكان لهم نقض البيع **قوله** ومعناه اذا انكر الدين اي المشتري الدين قيد به
لانه لو اقر المشتري بدينهم وصدقهم فلهم نقضه بلا خلاف اذا لم يف الثمن بديونهم ذكره المحبوبي وكذا
لو كان المشتري غايبا والبايع حاضر فلا خصومة بينهم وبين البايع في رقبة العبد بلا خلاف ذكره في
المبسوط خصما لكل من ينازعه فيما في يده كرجل ادعى ان العين الذي في يد هذا رهن عنده فان ذا
اليد يكون خصما له وليس كالبايع اذا كانت الدار في يده انه لا يكون خصما للشفيع لانه لا يدعي الملك
لنفسه حتى لو كانت في يد المشتري يكون المشتري خصما للشفيع لانه يدعي الملك لنفسه **قوله**
والفسخ يكون قضا على الغايب والحاضر ليس خصما عنه وقال المحبوبي وقاضي خان لا ما يدعي في جعل
المشتري خصما اذ لو جعلناه خصما ونقضوا البيع عليه لا يمكن ان يباع في ديونهم لانه يعود الى ملك
البايع وهو غايب وفي بيعه قضا على الغايب وذلك لا يجوز وهذا الطريق يوجب ان يكون مسئله
الشفعة على الاختلاف بخلاف الرهن **قوله** فانه في جعل ذي اليد خصما ثم فايده لان الرهن لا يباع
ومن قدم مصرا الطلق ولم ينقل واذا قدم عبد مصرا الا انه لا يعلم كونه عبدا الا بقوله **قوله** و
لزمه كل شي جواب المسئله والمسئله على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا
كان او غير عدل والقياس لا يصدق وبه قالت الايمة الثلاثة لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة
لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي والحجة عندهم اما البينة او السماع من مولاه او ذنه
او شهرة اذنه بين الناس ووجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة تخص به الاثر
ويترك به القياس ولان في ذلك بلوى وضروره فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند
كل عقد اذا الانسان قد يبعث عبده للتجارة فلو لم يقبل قوله لاحتاج الى ان يبعث شاهدين وقلما
يوجد ذلك وما ضاق على الناس امره وعمت بليته سقطت قضيته وكذا هذا القياس والاستحسان
في دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر
بشي الا بالاذن ولا بكونه عبدا فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت يحتمل وبه قال الشافعي
في الاظهر والعمل بالظاهر هو الاصل اذ الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح
ولا يثبت الجواز بالاذن فوجب ان يحمل عليه اذ الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن
الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان خبر العدل حجة وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى
فاذا ثبت كونه ماذونا بالنظر الى الظاهر صحت تصرفاته ولزمته الديون فيستوفي من كسبه **قوله**
الا انه لا يباع يعني اذا لم يكن في كسبه وفا لم يبع رقبته حتى يحضر سيده لانه لم يصدق على مولاه لان
بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن كما في المدبر وام الولد الماذونين لا تباع رقبتهما في الدين **قوله**
على ما بينا اشارة الى قوله لتعلق الدين بكسبه لانه من لوازم الاذن بالتجارة فان حضر اي مولاه بيع

في الدين اي اذا لم يقض المولى دينه لظهور دينه في حقه **قوله** فالقول له اي للمولى مع يمينه
وعلى الغرما البينه لان دعوي العبد الاذن عليه كدعواه العتق والكتابة له فلا يقبل قوله عند جحود المولى
الا بالبينه **فصل** لما فرغ من بيان احكام العبد في الاذن شرع في احكام اذن
الصغير وقدم الاول لكثرته ووقوعه **قوله** اذا كان يعقل البيع اي يعرف ان البيع سالب
للملك والشرا جالب للملك ويعرف الغبن اليسير والفاحش لا تفسير العباره فان كل صبي لو لقن البيع
والشرا يتلقنه كذا في المغني **قوله** وقال الشافعي لا ينعقد تصرفه باذنه وبه قال مالك واحمد
في رواية وقال احمد في رواية وبعض اصحاب الشافعي في وجه كقولنا **قوله** سبب الحجر بقايه
اي بقا الصبا ولا ينقض بالرق فانه يصير ماذونا مع بقا الرق لما ان حجر الصبا لنقصان عقله لا لحق
غيره بخلاف العبد فان حجره لحق مولاه لا لنقصان عقله فبالاذن صار المولى راضيا بتصرفه وكسبه
حتى يملك المولى التصرف اي التصرف الذي اذن له فيه ويملك حجره اي حجر الصبي عن ذلك التصرف
فلا يكون واليا فيه اذ كونه موليا عليه في هذا التصرف سمة عجزه فيه وكونه واليا فيه سمة القدرة
وهما متضادان فلا يجتمعان في فعل واحد ولانه تعالى قال فان انستم منهم رشدا فادفعوا فقد شرط
البلوغ وايناس الرشد لدفع المال اليهم فدل انه ليس باهل للتصرف لانه باع واشتري ثم بلغ فاجاز
لم يجز ولو صح كلامه لتوقف كالعبد يتزوج ثم يعتق فانه يصح وكذا اذن الاب لو صح في حقه يملك الاقرار
عليه بالدين كما يملك في حق العبد وكذا عدم وجوب الفرايض عليه يدل انه غير اهل للتصرف وايضا
قال تعالى ولا تؤتوا السفها الايه والمراد بها الصبيان والمجانين **قوله** على اصلي فان من اصله
ان يكون كل تصرف يتحقق من الولي لا يصح كمباشرة الصبي لان تصرفه فيه بسبب الضرورة ولا ضرورة فيما
يتصرف فيه الولي وكل تصرف لا يتحقق بمباشرة الولي جعل عقله في ذلك معتبرا ولهذا اعتبر وصيته
باعمال البر واختيار الابوين ولا يتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله براي الولي ولهذا لم يصحح الشافعي
اسلامه بنفسه لتحقق اسلامه باسلام احد ابويه كذا في المبسوط قلنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى
اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا الايه والابتلا الاختبار والامتحان واختباره بتفويض
التصرفات اليه فان كان من اولاد التجار فوض اليه البيع والشرا وان كان من اولاد الدهاقين والكبرا
يصان امثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقته مدة لينفقها في مصالحه فان صرفها في موقعه ويستقصي
عليه فهو رشيد فظاهر الايه يقتضي ابتلاهم قبل البلوغ لانه مد الابتلا الى البلوغ بلفظه حتى فيدل
على ان الاختبار قبله فعلم ان دفع المال اليه وتمكينه من التصرفات جاير قبل البلوغ اذا صار عاقلا ولان
التصرف المشروع صدر من اهله في محله فوجب تنفيذه ولا خفا في شرعيه التصرف والمحلية وكذا
في الاهليه لان الاهليه للتصرف في التكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان والكلام فيه فثبت الولاية
وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار لان الصبا سبب المرحمة واعتبار كلامه في التصرف
محض منفعه لان الادمي باين سائر الحيوانات بالبيان وهو من اعظم المنافع عند العقلا وهذه منفعة
لا يمكن تحصيلها بمباشرة الولي فيجب ان يعتبر **قوله** والصبا سبب الحجر لعدم الهداية اي
اي الى التصرفات لا لذاته وهو جواب عن قول الشافعي ان الصبا سبب الحجر فيبقى ببقايه يعني الصبا
سبب الحجر لعدم هدايته الى التصرفات لا لذاته وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته فيها
لان الظاهر انه لا ياذن له حتى يعرف هدايته فيها وبقا ولاية الولي لنظر الصبي لتوسع طريق النيل
في الاصابه فيسو في المصلحه بطريق مباشرة الولي وبمباشرة الصبي ويمكنه من حجره لاحتمال تبدل
حاله من الهدايه الى غيرها ومتى جعلنا وليا باعتبار اصل الاهليه لم يجعله فيه موليا عليه ومتى

جعلناه

جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الاهليه لم يجعله وليا فيه والحاصل ان الصبي مستحق النظر مصون
عن الضرر والتصرفات ثلاثة انواع ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي
وان اذن له الولي ونافع محض كقبول الهدية والصدقة فيملكه بغير اذنه وداير بين النفع والضرر
كالبيع والشرا والاجارة والنكاح فيملكه باذنه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل
مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه
ولايه فالحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الداير بينهما بالطفل عند عدم
الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون
منعقدا موقوفا على اجازة الولي واما الجواب عن قوله اذا باع الصبي ثم بلغ فاجاز لم يجز لان
عدم الجواز باعتبار انه حين عقد بغير اذن الولي ملحق بالاطفال فلا يقبل الجواز بعد بلوغه لان
اشتراط توقف التصرف لاجل شي يجب ان يكون ذلك الشي موجودا في نفسه على ما مر في مسايل تصرف
الفضولي اما لو اجاز الولي جاز لان الولي موجود فجاز ان يتوقف تصرفه الى رايه وباذنه يرتفع الحاجر
شرعا ثم تبين انه كالبالغ ولكن ذكر في الكافي لو بلغ فاجازه جاز عندنا خلافا لزفر لانه توقف على اجازة
وليه وقد صار وليا بنفسه بخلاف العبد اذا تزوج ثم عتق لان عدم الجواز كان لحق المولى لا لنقصان
فيه فاذا زال حقه بالعتق نفذ التصرف واما عدم وجوب الفرايض مع صحة النوافل على ما ذكرنا
ان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار وفي توجه الخطاب اضرار عاجل لانه لو توجه عليه ثم
لا يودي يعاقب وبالله بخلاف النوافل واما الاية الاولى فحجه لنا كما ذكرنا وكذا المراد من السفها
الذين لا يعقلون البيع او النسا وهو ان الرجل يدفع المال الى زوجته ويجعل التصرف فيه اليها وذلك منهي
عنه **قوله** والجد عند عدمه والوصي الواو ههنا ليس للترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد
وفي المبسوط وليه ابوه ثم وصيه ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام ووصيها
فلا ولاية لهما عليه فلا يصح الاذن منهما ولا يقال وصي الام لو باع العروض التي ورث الصغير من امه يجوز
لان ذلك من باب الحفظ على الام الميته وعلى الصغير لا لانه تجارة حتى لو اشترى شيا اخر لليتيم لا يجوز
وليس في الاخر تحصين وحفظ كذا في الذخيره وعند الايمه الثلاثه وصي الصبي والمجنون الاب ثم الجد وان
عدما فالسلطان **قوله** بخلاف صاحب الشرط الشرطه بالسكون والحركه خيار الجند واول
كتيبة تحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة يراد به امير البلدة كامير بخارا كذا في المغرب فكان الوالي
اكبر من صاحب الشرط فانه يتولى تقليد القضاة دون صاحب الشرط بل فوض اليه امر خاص لا تقليد القضا
فلا يلي التصرفات على الناس **قوله** ان يعقل كون البيع اي عقد البيع والشرا الى اخره ويعرف
الغبن الفاحش واليسير كما ذكرنا في رواية المغني والتشبيه بالعبد اي في قوله وهو في البيع والشرا
كالعبد الماذون بعد ان ما سبق في العبد الى اخره ولا يقال لا يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد
الى اخره فان العبد الماذون متصرف في كسبه ولا يتصرف فيه مولاه اما ولي الصبي يتصرف في
كسبه لانا نقول تعميمه في تصرفات العبد واجازته وعدم اجازته لا في اجبار المولى وعدم اجبار
الولي فلا يرد نقضا على العموم وفي المبسوط انما يملك وصي الصبي التصرف في كسبه سوا كان على
الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد الماذون فانه يتعلق بكسبه
ويصير المولى في التصرف كاجنبي اخر اذا كان الدين مستغرقا **قوله** ويصح اقراره اي اقرار
الصبي وانما ذكر هذا بعد ما ذكره بطريق التعميم ليتناول الدين والعين لانه صار منفك الحجر بالاذن
فصار كما لو كان منفك الحجر بالبلوغ **فان قيل** الولاية المتعدية فرع ولاية القايمه ثم

اقرار الولي عليه عليه باطل فكيف يستفيد هو باذنه ما لم يملكه الولي **قلنا** اقراره بعد
الاذن على نفسه من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح
يحترزون عن معاملته اما اقرار وليه عليه قول على الغير وهو شهادة وشهادة الفرد لا يكون
حجة اذ اقرار المرء على نفسه حجة لا على غيره وبقوله في ظاهر الرواية يحترز عما روى الحسن عن ابي
حنيفة رحمهما الله ان اقراره فيما ورثه لا يصح لان اقراره في كسبه لحاجته الى التجارة وهذه
الحاجة منعدمة في الموروث وجه الظاهر ان انفكاك الحجر بالاذن عنه كانفكاكه بالبلوغ فيصح
في الكل لانه لما التحق الى رايه راي وليه صار هو كالبالغ ولهذا جوز ابو حنيفة رحمه الله تصرفه
بعد الاذن بالغبن الفاحش كالبالغ **قوله** ولا يملك ان يزوج عبده قيد بالعبد لان عدم جوازه
تزويجه بالاجماع اما عدم جواز تزوج امته خلاف بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف فعنده يملك
تزوج امته لان فيه تحصيل المال فيملكه كالعبد الماذون وعندهما لا يملكه لان النكاح ليس من عقود
التجارة كالعبد الماذون وقد مر **قوله** ولا كتابته اي لا يملك كتابته عنده كما في العبد الماذون
اما يملك اذن عبده في التجارة كالعبد **فان قيل** الاب والوصي يملكان الكتابة في عبد
الصبي فينبغي ان يملكها الصبي بعد الاذن ايضا لان ولايته مستفادة منهما **قوله** والمعتوه
الذي الى اخره يعني الجواب فيه كالجواب في الصبي المميز ولا يعلم فيه خلاف وفي الذخيرة المعتوه
الذي يعقل البيع والشرا كالصبي اذا بلغ معتوها اما اذا بلغ معتوها ثم عته فاذن له الاب
في التجارة هل يصح اذنه فقال ابو بكر البلخي لا يصح اذنه قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا
وهو قول محمد وهذا بخلاف ما لو عته الاب او جن فانه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله
انما يثبت له ولاية التزوج لان ولاية التصرف للقريب في مال القريب انما يثبت اذا كان الولي كامل
الراي وافر الشفقة والاب كامل الراي وافر الشفقة فيثبت له ولاية التصرف في المال والنفس
اما اذا كان كامل الراي تام الشفقة ثبت له الولاية في النفس دون المال كالاخ **قوله**
وغيرهم من الاقارب كالابن والاخ والعم وقيد بقوله من الاقارب لان للقاضي ولاية في اذن المعتوه
ذكره في المبسوط و**قوله** على ما بينا اشارة الى قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم للاب والجد
الى اخره ولو اشترى اب او وصي امة للصغير او المعتوه وهي ذات رحم محرم من الصغير او المعتوه
لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب والوصي لانه لا نظر في هذا والله اعلم

كتاب الغصب

وجه مناسبة الغصب للاذن ان بالاذن يصح اقراره بالدين وبالغصب كان ذكر النوع بعد الجنس او
ما دام الغصب قائما في يد الغاصب لا يملكه كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من
الكسب **اعلم** ان مجانسة الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات فلذا ذكر
الغصب في الكتب ثم الغصب لغة اخذ الشي ظلما وقهرا مصدر غصب غصبا وسمي المغصوب غصبا تسمية
بالمصدر وشرعا اخذ مال متقوم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وقيد بمال محترم اي متقوم
احترازا عن غصب مال الحربي في دار الحرب وقيد بقوله على وجه يزيل يد المالك اذ الشرط فيه عندنا
زوال اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وعلى هذا يخرج المسايل انما يزال اليد المحقة بالنقل
والتحويل وعند الشافعي وغيره اثبات اليد في المنقول بالنقل الا في الدابة فيلزم فيها الركوب
وفي الفراش الجلوس عليه وفي العقار الغصب يتحقق بالدخول وازعاج المالك حتى لو ازعج ولم يدخل
لم يضمن ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلا لم يضمن وان قصد صار غاصبا للنصف والنصف في

يد المالك والضعيف اذا دخل دار القوي وهو فيها وقصد الاستيلا لم يضمن لان المقصود غير
ممكن وان لم يكن القوي فيها ضمن كذا في الوجيز وشرحه واستخدام العبد وحمل الدابة غصب
بلا خلاف لانه اثبات يد التصرف عليه وذلك يوجب قصر يد المالك عنه ولو جلس على بساط
غيره او فراشه او ركب دابة غيره ولم يزله من مكانه لم يكن غاصبا لان جلوسه استعمال له وهو
تصرف فيه قلنا البسط فعل المالك وقد يقع اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا يده
وكذا لو غصب حمارا او ساقه فانساق جحشه فاكله الذيب لا يضمنه ان لم يسق الجحش
معه وكذا لو منع اصحاب المواشي حتى ضاعت لم يضمن عندنا وعند الشافعي ايضا ولكن ذكر في فتاوى
قاضي خان مسلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس لبن امه قال
ابو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الام وان لم يفعل في الام شيئا وفائدة الخلاف بيننا وبين
الشافعي زوايد المغصوب كالولد والثمر فانها غير مضمونة عندنا خلافا له ثم ان كان اي الغصب
مع العلم فحكمه المغرم والماثم بالاجماع العلما وبالكتاب قال تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
والايات كثيرة وبالسنة قال عليه الصلاة والسلم في خطبته يوم النحر ان دماكم واموالكم حرام
كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا وبلدكم هذا رواه مسلم وغيره وقال صلى الله عليه وسلم من اخذ
شبرا من الارض ظلما طوقه الله من سبع ارضين متفق عليه وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امري
مسلم الا بطيب نفسه منه وان كان بدونه اي بدون العلم بان ظن الماخوذ ماله او اشترى عينا
ثم ظهر استحقاقه فالضمان وكذا ان كان الاخذ مغرورا بالجهالة وعدم قصده دون الاثم بالاجماع لان
الخطا مرفوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا الحديث وقال تعالى ليس عليكم جناح
فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم **قوله** وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري قوله فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم سمي الفعل الثاني اعتدا بطريق المعاملة كقوله وجزا سيئة سيئة مثلها والمجازاة
لا تكون سيئة ولان المثل اعدل لان الواجب ضمان الجبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل صورة ومعنى وذلك
بالجنس والمالية لان حق المستحق في العين والمعنى وفيه اعتبارهما فكان اعدل من القيمة التي فيها مراعاة
المعنى فحسب **قوله** وهذا اي وجوب قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وبه
قال اكثر اصحاب الشافعي ومالك وقال الانقطاع وبه قال احمد وبعض اصحاب الشافعي وحد
الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي هو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى
هذا انقطاع الدراهم وفي الجواهر المالكية ليس له الا مثله ويصبر حتى يوجد قال ابن القاسم وقال
اشهب للمالك بالخيار ان شا صبر وان شا اخذ القيمة وهو قول علماينا وتقدم قول ابي يوسف في
التعليل باعتبار ترتيب الاوقات فان اول الاوقات الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
قوله اذ هو اي الغصب الموجب للاصل والخلف يجب بالسبب الذي يجب به الاصل فيعتبر
قيمته يوم الغصب **قوله** لا يثبت بمجرد الانقطاع اذ النقل باعتبار العجز عن الاصل والعجز
يتحقق عند القضا لان احتمال ان يوجد قبل القضا بعد الانقطاع باق ولانه [illegible] المحرقبله **قوله**
معناه العدديات المتفاوتة كالبطيخ والرمان انما العددي المتقارب كالجوز والبيض والفلوس فهو
كالمكيل وبه قال مالك وفي الكافي وقال مالك في العدديات المتفاوتة يضمن مثله صورة من جنس ذلك
لما تلوناه ولكن ذكر في كتاب الجواهر المالكية وكذا العدد الذي يستوي احاده جملته في الصفة غالبا كالبيض
والجوز ونحوه وهذا يدل على ان قوله في العدديات المتقاربة كقولنا وقال زفر في العدديات المتقاربة
تجب القيمة ايضا لان المماثلة فيه بالاجتهاد لا بالنص ولهذا لا يجري فيه الربوا فصار الى القيمة لتعذر المثل

قطعا وقلنا المماثلة في احاده ثابتة بالعرف وكان كالثابت بالنص في المقصود وهو جبر النقصان للمغصوب ما امكن كذا في المبسوط وفي المبسوط في العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب تجب القيمة فيه وبه قال الائمة الثلاثة واكثر الفقهاء وقال اهل المدينة الواجب هو المثل وبه قال اصحاب الظاهر لكن قالوا اذا لم يوجد مثله يصبر حتى يوجد او ياخذ القيمة لحديث انس قال كنت في حجرة عايشة رضي الله عنها قبل ان يضرب الحجاب فاتي بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه صلى الله عليه وسلم فضربت عايشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ياكل من الارض ويقول غارت امكم ثم جابت عايشة بقصعة مثل تلك القصعة فردها واستحسن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا حديث معروف انه صلى الله عليه وسلم قال في عبد بين شريكين يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا استسعى العبد غير مشقوق عليه وهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له وتاويل حديث انس ان الرد كان بطريق المروة ومكارم الاخلاق لا على طريق اداء الواجب وكانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام لعايشة تلك التي كسرت لا يقضون بالمكسور للكاسر وان كان ملكهما كان برضاها فلا يكون حجة لانه يحتمل ومعنى قول علي يفك الغلام بالغلام اي بقيمة الغلام وقد صح عن عمر وعلي انهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ولنا قال ابن حزم في هذه المسئلة كلام لا طايل تحته وشنع بالتعصب بلا وقوف على المعنى بانه صلى الله عليه وسلم استسلف بعيرا ورد مثله وقضى عثمان وابن مسعود فيمن استهلك فصلانا بفصلان مثلها لان هذا حكاية حال لا يحتج به لانه يمكن ان يكون بالتراضي ثم عندنا يلزم قيمته يوم الغصب وبه قال مالك وقال الشافعي اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فاذا لم يرد ضمن بدله وقال احمد يضمن قيمته يوم التلف لان الرد واجب عليه ويصار الى القيمة يوم التلف فيعتبر قيمته يوم التلف وعندنا الغصب لا يتحقق في الزوايد فيعتبر قيمته يوم الغصب وفي الاتلاف يضمن قيمته يوم الاتلاف بلا اختلاف **قوله** معناه ما دام اي المغصوب قايما ولا اختلاف للعلما فيه **قوله** لاعبا ولا جادا وفي رواية المصابيح والفايق لاعبا جادا بدون ولا وزاد في المصابيح فمن اخذه فليرده عليه ولفظ الحديث جا في القضا ومعنى قوله لاعبا اي لا يريد سرقة ويريد ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ على اخيه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله في يد رجل فهو احق به ومن ضرورة كونه احق بالعين وجوب الرد على الاخذ **قوله** ولان اليد حق مقصود بدليل جواز الكتابة واذن العبد في التجارة اذ ليس في مباشرة عقد الكتابة سوى التصرف باليد وعقود الشرعية مع الفايدة فلو لم يعد عقد الكتابة ملك اليد بالتصرف لخلا عن الحكم الا ترى ان اسباب العبادات لما لم يوجب حكمها الذي هو الابتلا بالادا في حق الصبي والمجنون لم ينعقد اسبابا في حقهما وكذا في المادون لو لم ينال اليد بحصل الانتفاع اي ثمرات الملك فكان اليد حقا مقصودا فيجب نقله دفعا للضرر وفي المبسوط والضمان في المدبر ليس الا لتفويت اليد فعلم ان اليد حق مقصود **قوله** وهو اي رد العين على ما قالوا اي المشايخ لانه اي رد القيمة قاصر والكمال في رد الصورة وان الموجب الاصلي وجوب القيمة ورد العين مخلص عنه ولهذا لو ابرا عن الضمان حال قيام العين صح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا ان الوجوب الاصلي القيمة لما صح الابرا ولو كفل بالمغصوب صح ولو لم يكن الضمان واجبا على الغاصب لكان كفالة بالعين والكفالة بالدين تصح لا بالعين ولهذا لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب في يد الغا

اذا انتقص ذلك الضمان بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية **قوله** فان ادعى هلاكا اي هلاك العين المغصوبة في المبسوط غصب جارية فغيبها فاقام المغصوب منه بينة انه قد غصبها فانه يحبس حتى يجي بها فيردها وقال ابو بكر الاعمش تاويل المسئلة ان الشهود على اقرار الغاصب بذلك لان اقراره الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة اما الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المغصوب اذ لا يمكن القاضي من القضا بالمجهول فلا بد من الاشارة في الدعوى والشهادة والاصح ان هذه الدعوى والشهادة بالجاحد لاجل الضرورة فيثبت غصبه بالبينة كثبوته باقراره فيحبس ولو قال الغاصب فاتت او بعتها ولا اقدر عليها تلوم القاضي يومين او ثلاثة ومقدار التلوم مفوض الى راي القاضي ولو رضي المالك بالقضا لا يتلوم وذكر في الذخيرة ذكر محمد في السير انه يقضي عليه من غير تلوم قيل في المسئلة روايتان وقيل لا لكن ما ذكر في السير جواب الجواز معناه لو قضى بغير تلوم يجوز وما ذكر في الاصل ان التلوم افضل وقال الشافعي القول للغاصب مع يمينه وفي لزوم البدل وجهان احدهما لا يلزمه حتى يصدقه المالك والثاني يلزمه وهو الاصح وهذا بعد الحبس وبه قال مالك واحمد **قوله** والغصب فيما ينقل فقوله والغصب مبتدا وفيما ينقل خبره اي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب الى اخره **قوله** وبه قال الشافعي وزفر ومالك واحمد اما ما تلف من الارض والعقار بفعله او بسبب فعله يضمن بلا اختلاف بين العلما والخلاف في الغصب لا في الاتلاف وصورة الخلاف بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الما او غصب دارا فانهدمت بافة سماوية او جا سيل فذهب بالبنا لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لهم اما لو هدم الحيطان او غرقها او كشط ترابها والقى الحجارة فيها او نقص بحصل بغرسه او بنايه فيضمنه بلا اختلاف وفي المغرب العقار الضيعة وقيل كل مال له اصل كالدار والارض لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غصب شبرا من الارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين فقد اطلق لفظ الغصب على الارض وكذا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد اذ لا تعدد فيه بالمنقول ولانه يمكن الاستيلا عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل ان يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فكان كما لو اخذ الدابة او المتاع وهذا لان المعتبر يد متصرفة وقد تحققت منه اذا سكنها باهله وامتعته او زرعها لنفسه واذا تحققت يده انقطع يد المالك عنها ضرورة لان اجتماع اليدين على الكمال لا يتصور في محل واحد في حالة واحدة واذا ثبت يده عليه وانتفت يد المالك تحقق اثبات اليد المبطلة وازالة اليد المحقة ولهذا يضمن العقار بالجحود ولان ازالة اليد ليست بشرط في الغصب كما لو ركب الدابة وهلكت من غير فعل فانه يضمنها بالاجماع وكما لو وهب دار الرجل بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة قبل ان ينقلها الموهوب له ثم استحقت الدار فللمستحق ان يضمن الموهوب له بلا اختلاف والمسئلة في الزيادات او لم تزل الامتعة من يد المالك فعلم ان ازالة يد المالك ليست بشرط ولا الشهود بدار الانسان لو رجعوا بعد القضا يضمنها قيمتها للمشهود عليه فلما ضمنوا بالشهادة الكاذبة فبالغصب اولى **قوله** ومن ضرورته اي اثبات اليد زوال يد المالك الى اخره لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك **قوله** فيتحقق الوصفان وهو ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وفي الايضاح محمد يعتبر ازالة اليد من الوجه الذي ثبت والمحل كان في يد المالك انتفاعا وارتفاقا وقد زالت تلك اليد بحدوث يد اخرى مثلها لانه لا يتصور اجتماع اليدين من جنس واحد في محل واحد ولنا ان الغصب لا يتصور في العقار فلا يجب

ضمان الغصب وهذا لان الغصب ازالة يد المحقه واثبات اليد المبطله لان الواجب ضمان جبر معتمد
التفوت وازالة المحل عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل كما في المنقول وذلك لا يتصور في العقار
وانما يتصور منع المالك عنه ومنع المالك تصرف في المالك لا في المحل فلا يجب ضمان المحل كما لو بعد
المالك عن المواشي حتى تلفت مواشيه **قوله** لان يد المالك لا يزول الا باخراجه ولهذا
لو دخل دار غيره بغير اذنه فسقط منها حايط لم يضمن بالاتفاق وفي المبسوط ازالة اليد علة موجبه
للضمان بدون اثبات اليد حتى لو ضرب على يد آخر وفي يده دره فوقعت في البحر او في يده طير فطار
الطير يضرب يجب الضمان وقد عدم اثبات اليد ولو تجرد للاثبات عن الازالة لم يصلح سببًا للضمان
كما لو وضع يده على مال الغير فعلم ان اثبات اليد اذا تضمن ازالة يد المالك يصير سببا للضمان وكان
المعتبر في الضمان ازالة اليد لان الضمان دار معه وجودا وعدمًا ومسئلة الجحود الوديعة في العقار
ممنوعة لا يوجب الضمان في الاصح عندهما ذكره في المبسوط ولئن سلم فالضمان الى آخره وفي المبسوط
انما يضمن بالمنع بعد الطلب لا بالجحود وبالجحود يحصل المنع بعد الطلب وعلى هذا اذا باع دار الرجل
وادخلها المشتري في بنايه لم يضمن البايع عندهما وعند محمد يضمن قيمتها قال فخر الاسلام في الجامع الصغير
ومعنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري وقال شمس الايمة في المبسوط فان
كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك ولا بينة لرب الدار فاقراره باطل في حق المشتري
لان المشتري صار مالكا بالشرا من حيث الظاهر فلا يقبل قول البايع بعد ذلك في ابطاله ثم لا
ضمان على الغاصب للمالك في قولهما لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب
الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد في الرجوع عن الشهادات اذا شهدوا ابدار
لانسان ثم رجعوا بعد القضا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فمثل ذلك قول محمد لا تسلطهم الغير على الدار
بالشهاده كتسلط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق
بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهاده ضمان اتلاف الملك على المشهود عليه وذلك حصل
بشهادتهم حتى لو اقام بينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم
بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو اقام بينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون
الغاصب ضامنا ويدخل عليه جحود الوديعة فان العقار يضمن بالجحود وليس فيه اتلاف الملك حتى
لو اقام المالك بينة قضى له بها والاصح ان جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يوجب الضمان
في العقار عندهما واما الجواب عما تمسكوا انه عليه الصلاة والسلم قال طوقه الله الحديث ولم يذكر الضمان
على ان جزا ذلك الفعل الوعيد لا الضمان اذ المذكور جميع جزائه فلو كان الواجب عليه الضمان لبينه
اذ الحاجة اليه امس فمن زاد عليه كان نسخا وذا لا يجوز بالقياس واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل
على تحقق الغصب الموجب للضمان كما انه صلى الله عليه وسلم اطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرا
ولا دل ذلك على البيع الموجب للحكم مع انه في الصحيحين جا بلفظ اخذ فقال من اخذ شبرا من الارض ظلما
فانه يطوقه الله يوم القيمة من سبع ارضين فعلم ان المراد من الغصب الاخذ ظلما لا غصبا موجبًا
للضمان واما قوله على اليد ما اخذت حتى ترد مجاز لان الاخذ حقيقة لا يتصور في العقار لان حد الاخذ
ان يصير الماخوذ تبعا لليد لانه مفعول فيه وكان هو منصرفا الى المنقول ضرورة لنعمل بالاخذ على
حقيقته لا يتصور في العقار واما الزيادات فقيل ذلك الجواب غير مستقيم على اصل محمد لانه وافقنا
على انه يضمنه بدون النقل بل الجواب فيه ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعه
كانت مفوتا يد المالك فانتقلت بصفتها والضمان في مسئلة الراكب الضمان باعتبار الاتلاف لا الغصب

ولهذا لو ركب حرا فتلف تحته ضمن واما مسئلة الشهادة فقد مرت فيما نقلنا من المبسوط اليه اشار
في المبسوط والاسرار **قوله** يضمن به اي بالاتلاف لجواز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر
قوله ويدخل فيما قاله اي التداوي بقوله وما نقصه منه بفعله وسكناه انهدام الدار بسكناه ما
كان عمل الحداده والقصارة حتى لو انهدم بغير سكناه وفعله بافة سماويه لا يضمنه عندهما **قوله**
فهو على الاختلاف في الغصب اي لا يضمنه البايع بالبيع والتسليم عندهما خلافا له في الصحيح كما ذكرنا في
مسئلة الجحود وقيد بقوله ولا بينة لصاحب الدار اذ لو كان له بينة لا يضمن البايع بالاتفاق لتمكنه من اخذ
الدار مع البينة من المشتري **قوله** وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان ولا نعلم فيه خلافا لانه
البعض والعقار يضمن بالاتلاف بلا خلاف وفي التتمة اختلفوا في تاويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى
ينظر بكم تستاجر قبل استعمالها وبكم تستاجر بعده فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة ينظر بكم
تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعده فتفاوت ما بينهما نقصانها قيل رجع محمد بن سلمة الى قول نصير
قال السغدي ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يزرعون ارض الغير بغير اذنه على وجه المزارعة
من غير اذن وعقد لرب الارض ان يطالبه بحصة الارض وذكر ابو الليث في هذه الصورة الزرع للزارع
وعليه نقصان الارض **قوله** ياخذ راس ماله وهو البذر وما انفق وما غرم اي قدر ما غرم
من نقصان الارض ويتصدق بالفضل صورته مثلا اخرجت اربعة اكرار ونقصها الزراعة وبذر
كر ولحقته مؤنة كر وقدر قيمة النقصان كر يفضل الخارج عن راس ماله كر فيتصدق به لانه ربح ما لم
يملك وعند ابي يوسف لم يتصدق لان الربح عنده ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وفي اكثر
النسخ المختصر اي نسخ القدوري وقوله عند العجز عن رده يجب على هذا قول من قال ان الموجب
الاصلي في الغصب رد العين و**قوله** او يتقرر القيمة بذلك اي بالعجز على قول من يقول الموجب
الاصلي هو القيمة وانما ردد بينهما للاختلاف المشايخ في ان الرد هو الاصل او القيمة ولهذا يعتبر قيمته يوم
الغصب فعلم ان الموجب الاصلي هو القيمة وقد بينا اختلاف الايمة الثلاثة في اعتبار القيمة **قوله**
ضمن النقصان سوا كان النقصان في بدنه بان كان جارية فاعورت او شابة صارت عند الغاصب عجوزه
او ناهدة الثديين فانكسر ثدياها او لم يكن في بدنه بان كان عبدا محترفا فنسي ذلك عند الغاصب او قاريا
فنسي القران ففي هذا كله يضمن النقصان ولا نعلم فيه خلافا هذا اذا كان النقصان يسيرا اما اذا كان كثيرا
يخير المالك بين الاخذ وتضمين النقصان والترك تضمين جميع قيمته كذا في المبسوط وعند الايمة الثلاثة
للمالك اخذ العين مع قيمة النقصان سوا كان فاحشا او يسيرا **قوله** بخلاف تراجع السعر اي لا
يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر ولا خلاف فيه للفقها واكثر العلما لان الدابة لم تتغير
عما كان عليه وتغير السعر يرجع الى رغبات الناس دون فوت الجزو وقيد بقوله اذا رد في مكان الغصب
لا تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف المكان فالمالك بالخيار ان شا اخذ القيمة في مكان الغصب وان
شا انتظر لانه اذا اخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من نقل الغاصب اذ القيمة تختلف
باختلاف الاماكن وهذا الفوات يحصل من قبيل الغاصب وهو نقله الى هذا المكان فكان له ان لا
يلتزم الضرر ويطالبه بقيمته مكان الغصب او ينتظر كذا في الايضاح و**قوله** وبخلاف المبيع معطوف
على بخلاف تراجع السعر يعني المبيعه اذا اعورت في يد البايع لا يحط شي في مقابلته حتى لا يسقط شي من
الثمن بمقابلته بل يخير المشتري بين ان ياخذها بكل الثمن وبين ان يتركها لانه ضمان وصف لما ذكرنا ان
ان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فيتعلق بالفعل وهو القبض يرد على الذات والفعل
حل الذات بجميع اجزائها واوصافها فكانت مضمونه وهو معنى قوله على ما عرف ومراده اي مراد

القدوري من قوله ضمن النقصان في مال الربوي اما في الربوي بحو ان يغصب حنطة فعفنت عنده او آنا فضة فتهشم في يده او انكسر الدراهم او الدنانير فصاحبه بالخيار ان شا اخذه ولا شي له غيره وان شا تركه وضمنه مثله تعاديا عن الربا كذا في الايضاح وفي المبسوط استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عنده وقال الشافعي يضمن قيمته لاصحابه فيه وجهان اصحهما انه يضمنه بجنسه فيكون الزيادة بمقابلة الصنعة وبه قال القاضي الحنبلي لان الربا يجري في العقود لا في الغرامات وفي وجه يضمن بقصه بغير جنسه وبه قال احمد لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب ولنا ان الجودة والصنعة في الاموال الربويه لا قيمة فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها يلزم الربا فالمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا ولو وجد صاحبه مكسورا لم يكن له فصل ما بين المكسور والصحيح خلافا لما ذكرنا **قوله** لانه يودي الى الربا اي تضمين النقصان مع استرداد الاصل يودي الى الربا لانه اعتياض عن الصنعة بانفرادها ولا قيمة لها في الاموال الربويه فكان له الخيار بين الاخذ مع النقصان وبين تركه وتضمين قيمته **فان قيل** الجوده ساقطه الاعتبار عند المقابله بالجنس ليحقق احكام المالية اما عند المقابلة بخلاف الجنس معتبره حتى جاز بيع الحنطة الجيدة بالشعير كيف ما كان وكان للمالك تضمين الجوده بخلاف الجنس في الغصب دفعا للضرر عنه وليس في استرداد العين المتعينة مقابلة الجنس بالجنس فلا يلزم الربا **قلنا** مقابلة الجنس بالجنس موجودة فيما يجب فيه لانه اذا الغير صار شيا آخر كالعصير اذا تخمر وصار شيا اخر وصار كان المغصوب هلك ولو هلك حقيقة واخذ المالك مثل المعيبه ودرهما للنقصان كان ربا فهذا مثله كذا افادة شيخي العلامة رحمه الله **قوله** فاستغله اي آجره واخذ الاجره فنقصته الغلة اي العمل في الاجارة جعله مهزولا وهذه المسلة بهذا الوضع من مسايل الجامع الصغير وفي المبسوط لم يذكر نقص الغلة **قوله** لما بينا وهو انه في ضمانه بجميع اجزايه والغلة للغاصب وقال احمد والشافعي الغلة للمالك لان الاجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزا ولنا وجوب الاجر بالعقد لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد والاركان هو الى بها لكن يتصدق بالغلة لانها حصلت بكسب خبيث وهذا اي التصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول هذا ربح حصل في ضمانه وملكه فيطيب به ككسب المبيع بعد القبض وقلنا انه مستفاد بسبب خبيث وهو التصرف في مال الغير والحكم ثبت مضافا الى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فما حكم ذلك السبب وسبيلها التصدق ثم الملك حدث فيها بالاستناد لكن الاستناد ثابت من وجه دون وجه ولهذا اظهر في القايم لا في الفايت فلا يرد به الخبث وهذا معنى قوله في الكتاب والملك المستند ناقص وهذا جواب عن قول ابي يوسف ملك مستندا عندنا واصل هذا احداث الشاه المضلله وهو معروف **قوله** بخلاف ما اذا باعه اي الغاصب العبد المغصوب بعد الاستغلال **قوله** لان الخبث ما كان لحق المشتري يزول بالوصول الى يده **قوله** الا اذا كان اي الغاصب لا يجد غيره اي غير الاجر ما لا فلا باس ان يودي من الغلة لانه يحتاج اليه في تفريغ ذمته وتخليص نفسه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه مقدمه على حق الفقرا **قوله** لما ذكرنا اشارة الى انه ملكه ملكا خبيثا وسبيله التصدق وقد نص في الذخيره هذا اذا اجر الغاصب اما اذا آجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة فان اخذ العبد الاجرة يا المالك مع العبد بلا خلاف لاحد ولو اخذ الغاصب الاجر من العبد واتلفه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه الضمان وبه قال الائمه الثلاثه لانه اتلف مال الغير من غير تاويل فيجب عليه ضمانه ولا شك ان الاجر الذي

اخذه

اخذه العبد مال المولى لانه كسب عبده ولابي حنيفة نعم الكسب مال المالك لكنه لا عصمة له في حق الغاصب بعد الغصب فاشبه نصاب السرقه بعد القطع وذلك لان العصمه تثبت بيد حافظ بنفسه او بيد نايبه ويد المالك لم تثبت على هذا المال ويد الغاصب ليس بيد نايبه ولا يقال الاجر في يد العبد وكان في يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه واذا كان العبد في يد الغاصب فلم يكن العبد محرزا حافظا نفسه عن الغاصب فلا يكون محرزا حافظا ما في يده ايضا وكذا املنا في كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البايع بالاتفاق وكذا هنا او يقول للآخر منفعة العبد فلو استهلك الغاصب منفعته لم يضمن وكذا اذا استهلك بدله **قوله** وهذا اي التصدق بجميع الربح للمالك والمشتري ملكه ولو دفع المال في اخر مضاربه فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف وليس على المالك من اجر العامل شي عند احمد لانه لم ياذن له العمل في ماله ولا على الغاصب ان كان المضارب عالما بالغصب وان لم يعلم لزم اجر عمله على الغاصب كالعقد الفاسد وقد مرت المسايل في مثله ومن غصب عينا فاستغله ثم هذا اي عدم طيب الربح ظاهر فيما يتعين كالعروض ونحوها لان العقد يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض بطل البيع فتمكن الرقبه واليد في البيع ملك خبيث فيتصدق به اما فيما لا يتعين كالثمنين اي الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب اي الجامع الصغير اشترى بها يشير الى انه اشار اليها ونقدمنها اذ ظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها **قوله** لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها ولانه لما اشار اليها صار مقصوده عينها غير انه يتخير بين اعطاء عينها او مثلها تخيرا وفاها فقد تم حكم العرض منها والمسلة بحالها يتصدق بالربح كذا هنا كذا ذكره المحبوبي قال مشايخنا لا يطيب اي الربح قبل ادا الضمان وبعده و**قوله** بكل حال يتعلق بالصورتين لدفع العدوان وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين اي الجامع الصغير والجامع الكبير والمضاربه من المبسوط حيث قال يتصدق بجميع الربح مطلقا وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقه اي فيما يتعين او الشبهة اي فيما لا يتعين ثبت الخبث وقط لا تثبت الشبهة الا استفاد شيا لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد بمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد به سلامة المشتري فاما ان يصير عينها عوضا فلا فثبت انه لا تثبت الا الشبهة واذا اشار ولم ينقد فقد استفاد جواز العقد واذا نقد ولم يشر فقد استفاد بها سلامة المشترا فتمكنت الشبهة بكل حال فقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الحرمه والخبث وفي الذخيره قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا قرر راي الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسي **قوله** ولو اشترى بالالف اي الالف المغصوبه او الحرام جارية وفي جامع ابي اليسر هل يباح له الوطي او الاكل الصحيح انه لا يباح لان في السبب نوع خبث ولهذا المعنى عاصب فيه قليل يقوى لشتري شيا نسيئة وبصرفه الى حوايجه لم يقضي الثمن وفي جامع المحبوبي ونوادر ابن سماعة غصب ثوبا او كرا فاشترى طعاما لا يسعه ان ياكل حتى يودي قيمة الثوب او مثل الكر ولو غصب دراهم فاشترى بها طعاما وسعه اكله لان الثوب اذا استحق بخلاف ما اذا استحقت الدراهم ولو اشترى بالثوب والكر المغصوبين جاريه لا يحل وطيها اما لو تزوجها بالثوب او بالكر امراة حل وطيها لان باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس لان الربح فضل وهو انما يكون بعد المساواة والمساواه انما يتحقق عند اتحاد الجنس ولا مجانسة ههنا فلا يثبت التساوي فلا يثبت الفضل ولان الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين اذ الانسان لا يضمن بالاتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين فسقط اصلا بخلاف المضارب

اذا اشترى بالف المضاربة عبدا يساوي الفين فاعتقه المضارب حيث جاز عتقه في ربعه فقد ظهر الربح في الالف الزايد على الالف التي هي راس المال مع ان العبد غير الالف الذي اعطاه رب المال والمسلة في المبسوط لما ان في المضاربة لما اتعين راس المال عبدا بتصرف المضارب وفي العبد زيادة قيمة تضعف راس المال ظهر الربح لبقا العبد وظهور المجانسة بين راس المال والربح لان نصف العبد بمقابلة راس المال والنصف الاخر بمقابلة الربح وفي مسلتنا ظهر الربح بزيادة القيمة عن الجارية على الالف المغصوبة ولكن ازالها عن ملكه بغير عوض مالي فلم يعمل ظهور الربح فلا يجب التصدق بمقابلة الربح

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

لما ذكر الغصب ومقدماته شرع في بيان احكامه **قوله** بعمل الغاصب قيد به لانه لو تغير بدون فعله بان صار العنب زبيبا او الخمر خلا بنفسه والحليب لبنا والرطب تمرا فالمالك بالخيار ان شا اخذ وان شا ضمنه وتركه ولو صار العنب زبيبا بحيله ملكه كذا في فتاوى العتابي و **قوله** حتى زال اسمها احتراز عما غصب شاة وذبحها حيث لم يزل ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة شاة حية اما لو ذبحها وسواها او طبخها او غصب حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا يزول ملك المالك عنه لوجود المخالفة لان الحنطة والدقيق والحديد والسيف لزوال اسم الشاة بعد الطبخ واسم الحنطة بعد الطحن واسم الحديد بعد اتخاذ السيف وكذا لو غرس النواة **قوله** وقال الشافعي حق المالك لا ينقطع وبه قال احمد وابو يوسف في رواية غير انه اذا اختار المالك اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عند ابي يوسف لانه يودي الى الربا لانه ياخذ عن حقه مع شي اخر اذا الدقيق غير الحنطة وعند ملك لو ذبحها وشواها يضمن قيمتها ولو ذبحها ولم يشوها اخذها مذبوحة وما نقصها الذبح كقولنا وعنده ثم يضمنه وعن ابي يوسف يزول ملكه عنه لكنه يباع فيشترى له به حنطة مثل حنطته فلو مات الغاصب فالمالك احق به من سائر الغرما لانه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه اذا ازيلت يده بغير رضاه بان قبض المشتري بغير اذن البايع فههنا اولى ان لا ينقطع حقه وفي الايضاح عن ابي يوسف ثلاث روايات احدها كقولنا **قوله** وصنعة الصفة لان المالك صاحب الاصل والغاصب صاحب صفة والصفة تابعة بالاصل تابعة له فيترجح صاحب الاصل على صاحب التبع وهذا لان الدقيق حنطة فرقت اجزاؤها وتفريق الاجزا لا يقطع حق المالك كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتارس في الشاة بدون الطبخ ولا يعتبر بفعله اي بفعل الغاصب لانه عدوان محض فلا يصلح سببا للملك فلغى فعله والتحق بالعدم وصار كالحنطة وقعت في الطاحونة بهبوب الريح وصارت دقيقا حيث لا يقطع حق المالك ولنا انه اي الغاصب احدث صنعة متقومة لان الحنطة تزداد قيمتها بالطحن وكذا في ذبح الشاة مع طبخها وكذا البواقي فاذا ازدادت قيمتها بفعل الغاصب وزال اسمها وعظم منافعها صار مستهلكا فصار كانه استهلكه والمستهلك مضمون عليه بمثله والمحصول له لانه كسبه والكاسب احق بكسبه وهذا معنى قوله هالك من وجه اذ قيام الشي بصورته ومعناه وقد انعدمت الصورة كتبدل الاسم وهو ظاهر اذ هو الدقيق غير صورة الحنطة وكذا انعدم المعنى لانعدام عظم منافعها فان الحنطة تصلح لاشيا كثيرة مثل البذر والكشك والهريسة والنشاشتج وغيرها وبالطحن هلك المنافع واذا انعدم المعانيه منهما صورة ومعنى فيكون الاول مستهلكا ضرورة اذ الشي الواحد يستحيل ان يكون شيئين مختلفين في الصورة والمعنى ولا يقال المقصود الاصلي بالحنطة التغذي لانها خلق لمصالح الانفس وكذا في ساير المطعومات وبالطحن لم يفته ذلك وكذا بالزراعة لان الزراعة استدامتها

فيكون وسيلة اليه ولهذا يجري الربا بين الدقيق والحنطة ولا ربا بدون المجانسة لانا نقول لا شك في فوات الصورة وبفواتها يفوت المعنى اذ المعنى قايم بالصورة ولا نسلم ان المقصود من الحنطة الاكل اذ العقلا ما اعتادوا اكل عين الحنطة الا بعد القلي واتخاذ الهريسة او الخبز بعد وجود الدقيق والدقيق وجود الحنطة فيكون وسيلة الى هذا المقصود فيكون المقصود الاصلي من عين الحنطة الزراعة وكذا المقصود من عين السمسم الزراعة ومن عين العنب التفكه فاما الخل والدقيق فمقصود من عين العصير لا من عين العنب وجريان الربا بشبهة المجانسة لما ان عمل الطحن تفريق الاجزا وباب الربا مبني على الاحتياط واذا اهلك الاول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق حادث بفعله فيملكه والصنعة قايمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة وكانت الصنعة راجحة في الوجود ورجحه يرجع الى الحال وترجيحنا الى الوجود فالرجحان في الذات احق من الرجحان بالحال لانها تابعة للذات ولا يجعل اي الغاصب من الطحن وغيره سببا للملك الى اخره يعني فعله صار محظورا من حيث تفويت يد المالك عن المحل لا من حيث احداث الصنعة اذ احداث الصنعة مشروعة في نفسه وانما حرم ههنا بان جعل مال الغير بمنزلة الالة فاشبه الاحتطاب والاصطياد بقدوم الغير وقوس الغير وفرس الغير وهذا جواب عن قول الخصم انه به **قوله** خلاف الشاة اي في ظاهر الرواية يضمنها النقصان لا قيمة الشاة وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يضمنه النقصان لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا يلتزم بمقابلته العوض ووجه الظاهر انه زيادة من حيث التفويت الى الانتفاع باللحم ولكنه نقصان بتفويت ساير الاعضا من الحيوان ولاجله يثبت الخيار للمالك كما في قطع الثوب كذا في المبسوط وفي طريقة بعض مشايخنا اذا ذبح الشاة سقط حق المالك وكذا اذا اربها لفوات التركيب والمنافع على المالك ولكن الصحيح انه لا يسقط لما ذكرنا ان بالذبح لا يفوت اسم الشاة ولا اعظم منافعها والتارس لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه ولا يكون ذلك تبدل العين فيبقى حق المالك **قوله** وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقا الاسم على عدم الانقطاع وبفوات الاسم على الانقطاع شامل لعامة فصول مسايل الغصب ويتفرع عليها اي على الفصول المذكورة غيرها مثل خبز الدقيق ونسج الغزل وغزل القطن وعصر السمسم فانها تقطع حق المالك عندنا ذكره في الايضاح خلافا للشافعي ومن تابعه **قوله** في الشاة المصلية اي المشوية من الصلي بن حضرد روى ابو حنيفة عن عاصم ابن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى انه عليه الصلاة والسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلم انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي لو كانت اعز من هذا لم ينفس بها علي وسارضيه بخير منها اذا رجع فقال عليه الصلاة والسلم اطعموها الاسارى رواه ابو داود نحوا من هذا قال محمد يعني المحبوسين قال محمد هذا الحديث حمله ابو حنيفة اصلا في اكثر مسايل الغصب كذا في المبسوط فالامر بالتصدق يدل على زوال ملك مالكها وملك غاصبها اذ لولاها لامر بحفظها لمالكها وردها عليه اذ ملك الغير يحفظ عليه ويرد اليه اذا امكن ودل على حل الانتفاع للفقير وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل اداء الضمان بالتراضي او بالقضا ولا يرد علينا اللقطة فان الشارع امر بتصدقها مع انها ملك مالكها لانه امر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن اصابة المالك وعن صيانته للمالك وههنا المالك معلوم ويمكن الرد عليه فلا يجوز التصدق بدون رضاه كما لو علم صاحب اللقطة ويمكن الرد عليه كذا ذكره الامام البرغري وفي المبسوط لو قضى القاضي بالضمان يحل الانتفاع بمجرد القضا لوجود الرضا من المالك اذ الحاكم لا يضمنه الا بعد طلبه فكان راضيا به **قوله**

وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها سقط حق المالك عندنا خلافا للشافعي
قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه فحينئذ لم يبق عين يتعلق به حق المالك فيباح به
الانتفاع به بخلاف ما تقدم اى الحنطة فطحنها وشاة فذبحها وطبخها لقيام العين فيه من وجه لما
ذكرنا ان اثر الطحن في تفريق الاجزاء فيكون العين باقيا من وجه ولهذا قال ابو يوسف اذا غصب
نواة فغرسها وصار شجرا لا يكره الانتفاع بها كما في الحنطة اذا زرعها لان الحب بالزرع يتعفن فاذا
تعفن لم يبق متقوما فلم يبق تعلق حق مالكها فكذا النواة بعد الغرس تتعفن فلا يبقى حق مالكها فيها اما
لو غصب الودي وغرسه وصار نخلا يكره الانتفاع بها حتى يرضى صاحبه لان الودي يزيد في
ولا يهلك فبقي حق مالكها من وجه **قوله** واصله اى اصل هذا الخلاف ما تقدم في مسئلة من غصب
عبدا فاستغل فالطيب يدبر على الضمان عنده ولنهيه عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن وعندهما
على رضى من له الحق **قوله** فيأخذها ولا شيء للغاصب وبه قالت الائمة الثلاثة وقيد بضمانهما
دراهم او دنانير لان في كسر الدراهم والدنانير وقلبهما يضمن مثله بالاتفاق ولانه عبر بضعفه ولا يتم
دفع الضرر عن صاحبه الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر بعد الضمان وان شاء صاحبه اخذ المكسور
ولم يرجع عليه بشيء ويستوى ان انتقص ماليته بالكسر او لم ينتقص لان صفة العين تغيرت بفعله
وذلك كاف لاثبات الخيار له اما لو استهلك القلب تغليه قيمته مصوغا من غير جنسه وعند الشافعي
من جنسه وتقدم الا ترى انه كسره يعني بالكسر تبدل الاسم والمقصود فان قبل الضرب يسمى ذهبا
وفضة وبعده درهما ودينارا والكسر لا يصلح راس المال في المضاربات والدرهم والدينار يصلح فثبت
انهما اختلفا حكما فصار كالمسائل المتقدمة **قوله** الا ترى ان الاسم باق بعد الصنعة يقال ذهب
وفضة **قوله** من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في
هذا الحكم كالدراهم فلا اعتبار ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة عن الاصل وبه فارق
الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجه من الوزن وجب ان يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمين
يدا بيد يجوز ذكره في كتاب الصرف وللصنعة في غير مال الربوا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد
تبدل هناك اما ههنا فلم يتبدل الاسم بالصنعة وحكم العين فلما بقي العين وحكمه فللمالك اخذه
وان وجد صنعة الصرف لما انه لا قيمة للصنعة في هذه الاموال اليه اشار في المبسوط **قوله**
وكذا الصنعة فيها اى عين الفضة والذهب و **قوله** مطلقا تحرز عن كسرانائهما وقلبهما يضمن
يضمن قيمته من خلاف جنسه على ما ذكرناه **قوله** ومن غصب ساجة في المغرب الساجة بالجيم
الخشبة العظيمة اى الخشبة المنحوتة المهيأة للاساس ونحوه واما مسئلة الساحة بالحاء المهملة فيجيء
قوله ولزم الغاصب قيمتها وفي الذخيرة هذا اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة اما اذا
كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكها عنها بالاجماع ويجيء تمامه في مسئلة الساحة
ان شاء الله تعالى والوجه من الجانبين قدمناه اى في مسئلة واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
في اول الفصل وبقوله قال مالك واحمد وزفر ووافق الشافعي في هذه المسئلة والفرق لزفر ان في
مسئلة الحنطة تصير مستهلكة بالطحن وههنا زيادة وصف من غير استهلاك وعلى هذا الخلاف لو
غصب خيطا وخاط به شيئا وهو بحاله فانه يجب نقض ذلك ورد الخيط على صاحبه عندهم وعندنا
لا اما لو خاط بالخيط جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي واحمد قولان في قول يجب رده وفي الثاني ينتقل
حقه الى القيمة وفي المغني لابن قدامة فان خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب
العقور يجب نزعه ورده وان خاط به جرح حيوان محترم لا يحل اكله كالآدمي والبغل والحمار

غصب ح

الاهلي وخيف من نزعه الهلاك وابطاء برؤه لا يجب نزعه وان خاط به جرح حيوان ماكول لغير الغاصب
وخيف التلف بنزعه لم ينزع لان فيه اضرار صاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولو كان الحيوان للغاصب
فقال القاضي يجب نزعه ورده وقال ابو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا والثاني لا لان الحيوان حرمة
في نفسه ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لا لماكلة ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ولو ادخل
اللوح المغصوب في السفينة فان كان في الساحل لزمه رده وقلعه وبه قال الشافعي ومالك وان كان
في لجة البحر واللوح في اعلاها بحيث لا تغرق بقلعه يقلع وان خيف غرقها لم يقلع حتى تخرج الى الساحل
ولصاحب اللوح طلب القيمة فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة وبه قال اصحاب الشافعي
قوله واخرلنا اى دليل اخرلنا **قوله** وادخل اللوح المغصوب في سفينته وفي الاسرار
صورة المجمع عليها فيما اذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر وخيف الغرق لما ذكرنا ان عند
الشافعي اذا كانت السفينة ساكنة في جانب البحر ينزعه وكذا قيد بقوله خاط بطن عبده او جاريته
لان فيه اجماعا لان فيه تلف النفس كما نقلنا من مذهبهم وقلنا بالبناء اثبت لنفسه حقا محترما
فلا يجوز ابطاله اذا طالب لم لا يبطل فلما حرم ابطاله وصار بحال لا يمكن التمييز بينهما ولا سبيل للاشتراك
بالاجماع نحو الغاصب اولى بالاعتبار اذ في نقضه اضرار للغاصب باهلاكه بلا خلف اما ضرر
المالك مجبور بالضمان ولا يقال صاحب السلعة صاحب الاصل اذ البناء تابع له ولا شك ان صاحب
الاصل يرجح بمراعات جانبه على جانب صاحب الوصف لان الوصف هو البناء قائم من كل وجه والاصل
قائم من وجه هالك من وجه لانه صار تبعا لملك غيره وهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعد ان
كان منقولا لا يستحق بالشفعة فانعدم فيه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا والقائم من كل وجه
يرجح على القائم من وجه وفي الذخيرة لو اراد الغاصب نقض البناء ورد الساحة مع تملكها
بالضمان بعد القضاء بقيمتها لا يحل وقبل القضاء بها قيل يحل وقيل لا يحل لانه تضييع المال بلا فائدة
قوله في حوالي الساحة بان يجعله عمادا للجدار اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لانه متعد
فيه والساحة من وجه كالاصل فيتعدم للرد كما في مسئلة الساجة وجواب الكتاب وهو قوله بنى عليها
يرد ذلك لانه قال بنى عليها وهو الاصح اى جواب الكتاب لان محمدا ذكر في كتاب الغصب لو غصب
بقرة واحد منهما مراده انقطع حق المالك وهو في العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل
انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير او ملك نفسه وهو الصحيح كذا في المبسوط **قوله** وكذا
الجزور اى الابل وهو ما اعد للجزر وهو القطع اى الذبح يذكر ويؤنث كذا في المغرب وقد بينا ان في
رواية الحسن لا يضمن النقصان اذا اخذ الشاة وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر حكم الشاة من الاختيار
بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار النقصان بان يقال والنقصان بالذبح في
الشاة انما كان بسبب تفوت صلاحيتها للدر والنسل والحمل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر
والنسل مطلوبا فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق اجر المثل من جرارته على المالك لانه حق
مقصود فيها فكان زيادة فيها لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما
زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة
عن الحيوان نقصان وكان المالك مخيرا لانه يحتمل ان يكون مقصوده فيها سوى الدر والنسل من الاسمان
وتبقيتها الى زمان ليحصل مقاصده منها **قوله** ولو كانت الدابة غير ماكولة اللحم وفي تقييده هذا
الحكم بغير ماكول اللحم ليست زيادة فائدة لما ان الحكم في ماكول اللحم كذلك لان بقطع الطرف للمالك
اختيار تضمين جميع القيمة في الماكول وغيره ذكره في المبسوط وفي الذخيرة والمغني وفي المنتقى هشام عن

محمد فيمن قطع يد حمار او رجله فكان لما بقى ان يمسكه ويأخذ النقصان اما لو دبحه وكذلك الخيار
ولو قتله فليس له الخيار لان جلده لا قيمة له جميعا اما في الدبح بمنزلة الدباغ وفي النوادر قطع اذن
الدابة او ذنبها يضمن النقصان لا غير **قوله** لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع طرفه فلا
يكون مستهلكا من كل وجه لبقايه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل ومن حرق ثوب المراة من الثوب
ما يلبس وما لا يلبس كالكرباس ٨ ليل وضع محمد في المبسوط ويدل تعليل شمس الايمة في مبسوطه
قوله والصحيح الى اخره احتراز عما ذكر قبله ان الفاحش ما يبطل به عامة منافعه وعما ذكروا
غير ذلك بعضهم قالوا ما اوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش وقيل ما اوجب نقصان نصف القيمة
فاحش وقيل الفاحش ما لا يصلح للثوب واليسير ما يصلح قال شيخ الاسلام ما ذكره لا يصح بدليل ان
محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفايت به بعض المنافع فعلم ان الصحيح ما ذكره محمد
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة بان فات جنس المنفعة وبقي العين وبعض المنفعة
واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان اي في المالية **قوله** جعل في
الاصل اي المبسوط قطع الثوب بدون الخياطة نقصانا فاحشا اما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا
ذكره في الذخيره وعند الايمة الثلاثة لا ينقطع وقالوا في الشق اليسير ياخذ الثوب ويضمنه النقصان
وفي الفاحش كذلك عند الشافعي واحمد وعند مالك يخير كقولنا قال شمس الايمة هذا الحكم الذي
ذكرناه في الخرق في الثوب هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربويه فان التعييب
هناك فاحشا او يسيرا لصاحبه الخيار بين الامساك والدفع وتضمين قيمته وفي الامساك لا يضمن النقصان
لانه يودي الى الربا **قوله** قيل له اقلع البنا والغرس ولا نعلم فيه خلافا لقوله صلى الله عليه وسلم
ليس لعرق ظالم حق وفي النهايه بتنوين عرق على الصفه لا غير وروايه الفقها على الصفه والاضافه وفي
المغرب اي لذي عرق ظالم حق وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا كانه غرسها على
وجه الاغتصاب ليستوجبها به رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال ابو داود وابو عبيد
في هذا الحديث انه قال فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلا غرس في ارض رجل من الانصار من
بني بياضة فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بارضه وقضى للاخر بنزع نخله قال ولقد
رايتها تضرب في اصولها بالفوس وانها لنخل عم وفي الفايق والغريبين اول الحديث من احيى ارضا
ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في الغريبين قال هشام بن عروة وهو ان يجي الرجل الى ارض قد
احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا ليستوجب به الارض وفي الذخيرة والمحيط والمغني لو غصب ساحة
وبنى عليها لا ينقطع حق المالك ثم قال وكان الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه مفصلا
فقال ان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البنا ليس للمالك ان ياخذها وان كانت قيمة الساحة اكثر فله
ان ياخذها وكذا في الساحة وقال المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا وزعم ان هذا هو المذهب قال مشايخنا
وهذا قريب من مسايل حفظت عن محمد رحمه الله قال من كان في يده لولوة فسقطت فابتلعتها دجاجة
انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللولوة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللولوة بين اخذ الدجاجة
بقيمتها وبين ترك اللولوة واخذ قيمتها وكذا لو اودع رجلا فصيلا فكبر الفصيل حتى لم يمكن اخراجه
من البيت الا بنقض الجدار ينظر الى اكثرهما قيمة ويخير صاحب الاكثر على ما قلنا وفي كتاب الحيطان دخل
قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجه ينظر ايهما اكثر قيمة فيومر صاحب الاكثر بدفع قيمة الاخر
الى صاحبه ويتملك مال صاحبه وكذا لو كان للمستاجر جب في الدار المستاجرة لا يمكن اخراجها الا
بهدم شي من الحايط ينظر ايهما اكثر قيمة وكذا لو ادخل رجل اترجة في قارورة غيره فكبرت الاترجة

فلا خيار لاحد وضمن الفاعل لصاحب الاترجة ولصاحب القارورة قيمة الاترجة وقيمة القارورة
وتكون الاترجة والقارورة له بالضمان وقيل يمكن ان يجيب عن هذه المسايل بانه لا تعدي فيها ويمكن
دفع الضرر عنها بتملك صاحب الاكراه وفي مسلة الغصب متعد فلا يراعى حقه وفي الكافي ثم في وضع
المسلة اشكال لانا بينا ان الغصب لا يتصور في العقار والجواب ان الغصب الموجب للضمان لا يتصور
فيه لا اصل الغصب فيجوز ان يستعمل لفظ الغصب مجازا كما في قوله من غصب شبرا من ارض الحديث
لتصوره بصورة الغصب **قوله** معناه قيمة بنا او شجر يومر بقلعه فعلى هذا كانت قيمة الشجر
المقلوع اكثر من قيمة الشجر الذي امر بقلعه لان المونه صرفت في قلع المقلوع دون القايم وازدادت قيمة
المقلوع لذلك لان حقه اي حق الغاصب فيه اي في البنا والشجر الذي يومر بقلعه اذ لا قرار له اي للبنا
والشجر **قوله** فلت السويق اللت الخلط من باب طلب وبقولنا قال مالك واصبغ ويقول
قال الشافعي واحمد **قوله** لان التمييز ممكن اي بالغسل والعصر وكذا في الخلط اذا كان التمييز
ممكنا يجب التمييز والرد وان كان غير ممكن يجب رد مثله ويملك في الخلط بهما وفي الوجيز وشرحه لو كان
قيمة الصبغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان يباع ويقسم الثمن عليهما وفي الحليه اذا طالبه صاحب
الثوب بقلع صبغه وامتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان احدهما لا يجبر وهو قول ابي العباس
والثاني يجبر وهو قول ابن خيران وابي اسحق ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان
يجبر ليصل الغاصب الى حقه والثاني لا يجبر وفي الخلط ان كان بمثله وطلب المالك ان يدفع اليه حقه
وامتنع الغاصب في المنصوص الخيار للغاصب وفي وجه يلزمه دفعه الى المالك ولو خلطه باجود
وبذله الغاصب صاعا مثله ففيه وجهان في المنصوص الخيار للغاصب والثاني انه يباع الجميع
ويقسم الثمن بينهما ولو خلطه بما دونه اجبر الغاصب على دفع ملك المالك وعند ملك اخذه
بالمثل من غيره ومن اصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر القيمتين ولو خلطه بغير جنسه
لزمه صاع من مثله ومن اصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتهما وبه قال مالك في
الصورتين وعن احمد مثله وفي المغني لابن قدامة لو خلطه بما لا قيمة له كالزيت بالما فان امكن تخليصه
خلصه ورده ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه او كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لانه صار مستهلكا
وان لم يفسده رده ورد ما نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب لانه بسببه
ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا **قوله** ولنا ان فيه اي في ثبوت الخيار للمالك
رعاية للجانبين جانب المالك والغاصب لان صبغه مال متقوم كالثوب وتعديه لا يسقط حرمة
ماله فيجب صيانته ما امكن وذا فيما قلنا من التخيير واثبتنا الخيار لرب الثوب لكونه صاحب اصل
والغاصب صاحب وصف وكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى لان الاصل قايم بنفسه والوصف
تابع له والشافعي اهدر جانب الغاصب من كل وجه **قوله** بخلاف الساحه بالحا المهمله اي البنا في
الساحه حيث يومر بالقلع من غير اثبات الخيار لانه امكن ايصال حق كل واحد منهما الى صاحبه بالنقض
لان النقض الى المنقوض كالخشب والاجر له اي للغاصب فيصل اليه عين حقه اما الصبغ يتلاشى بالغسل
ولم يحصل للغاصب شي فلذا اثبتنا الخيار له وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح حيث لا يثبت الخيار لرب
الثوب بل يومر بدفع قيمته اذ لا جنايه من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ
كذا في المبسوط و**قوله** ليضمن على بنا المفعول والثوب بالنصب لانه مفعول ثان اي ليضمن
من التضمين صاحب الصبغ الثوب وفي الايضاح ولو انصبغ بغير فعل احد فهو لرب الثوب ولا شي عليه
من قيمة الصبغ في قول ابي حنيفة وان كان عصفرا او زعفرانا فرب الثوب بالخيار ان شا اعطاه

نعمة

مازاد الصبغ فيه وان شا امتنع فيباع الثوب فيصرف بقيمه ثوبه ابيض وصاحب الصبغ الصبغ في الثوب لانه لم يوجد من احد فعل هو سبب للضمان فانتفى الضمان وصارا شريكين وبه قالت الايمه الثلاثة **قوله** وقال ابو عصمه اي المروزي في اصل المسله اي في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر وانما ذكر في اصل المسلة لئلا يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسله الانصباغ وان كان حكم مسله الانصباغ كذلك على ما ذكر في الكتاب ويأتي هذا فيما انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق اي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ **قوله** سماويه اي سمى المثل به اي بالقيمه على تاويل ما يقوم به اي لعيار المثل مقام المغصوب وهذا اختلاف عصر فان ابا حنيفه في زمن بني امية وكانوا يمتنعون عن لبس السواد فاجاب على ما شاهد وهما اجابا على ما شاهدا من عادة بني العباس بلبس السواد وكان ابو يوسف يقول اولا بقول ابي حنيفة فلما قلد القضا امر بلبس السواد احتاج الى التزام مؤنة في ذلك فرجع وقال السواد زيادة **قوله** يزيد فيه السواد كالعصب ونحوه **قوله** فعن محمد الى قوله ماخذ اي رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب ايضا لانه استوجب على الغاصب نقصان قيمة ثوبه عشره دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد كذا في المبسوط فالحاصل ان الصبغ لا يخلو اما ان يكون بالسواد او غيره وكل واحد لا يخلو اما ان يوجب الزياده او النقصان ثم كل واحد من السواد وغيره بفعل احد او لا فالاول لا يخلو اما ان يكون بفعل صاحب الثوب او صاحب الصبغ او غيرهما وذلك الغير اما ان يكون حاضرا او غايبا فالاقسام كلها مذكوره في الايضاح ثم الذي ذكر في الكتاب هو الذي ذكرنا فلا يحتاج الى اعادته واما الذي لم يذكره في الكتاب فهو ان صاحب الثوب لو غصب العصفر وصبغ به ثوبه فهو ضامن لمثل ما اخذ لانه استهلكه ان قدر عليه وان لم يقدر عليه فهو مسئله المثل اذا انقطع من ايدي الناس وليس لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لان الثوب اصل فصار الصبغ كالهالك والسواد في هذا الوجه بمنزله العصفر على قول ابي حنيفه رحمه الله لان صاحب الثوب مستهلك للسواد فلا فرق بين ان يزيد قيمه الثوب او ينقص والثاني ما لو وقع في صبغ احد فانصبغ وقد ذكرناه ولو غصب ثوبا وصبغه بعصفر اخر ثم ذهبا بالفعل ولا يعرف ما القول فيه كما لو انصبغ بغير فعل احد استحسانا فالقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل لانه وجب الضمان على الغاصب وانقطع حقه عن الصبغ وفي الاستحسان لما تعذر ايجاب الضمان على احد صار كانه حصل من غير فعل احد ومما يتصل بالمسايل نحو راس تنور حتى يرد عليه قيمة الحطب مقدار ما يسجر به التنور ويمكن ان يقال يكم يستاجر التنور المسجور للانتفاع فيضمن ذلك القدر او ينظر الى اجرته مسجورا وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما

فصل

لما ذكر مقدمات الغصب وكيفية ما يوجب الضمان شرع في مسايل متفرقه تتصل بمسايل الغصب كما هو دأب المصنفين **قوله** فضمنه المالك قيمتها يعني للمالك الخيار في تضمين قيمتها والصبر الى ان يوجد فاذا ضمنه المالك ملكها اي العين المغصوب عندنا وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد لا يملكها حتى لو ظهرت يستردها ويرد القيمه وفايده الخلاف في الكسب ونفوذ البيع ووجوب الكفن على الغاصب لانه ملكه عندنا كذا ذكره البرغري فلا يصلح سببا للملك لان الملك مشروع والغصب عدوان محض فلا يكون مفضيا الى الملك اذا دار في درجات السبب

اذنجوز

٢٦٧

ان يكون مباحا فلا يملكه كما في ضمان المدبر ويدل عليه قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فان الله تعالى جعل اكل مال الغير قسمين قسما بالتجاره عن تراض وقسما بالباطل وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون بالباطل ولان هذا الضمان جبران فيكون بمقابلة الفايت والفايت اليد لا الملك ولهذا لو هشم ملك ذمته للغير وقضى عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضا ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق وكما في المدبر فانه لا يقبل النقل عندكم ولنا انه اي المالك ملك البدل وهو القيمة بيده اي يدا او رقبة فوجب ان يزول ملكه عن البدل فاذا زال ملكه عنه ملكه من وجب عليه بدله اذا كان البدل محتملا للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر عنه اي الغاصب وتحقيقا للعدل كما في ساير المبادلات اذ الاصل في الضمان ان يجب بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفايت فاذا ملك المالك البدل بكماله فيزول ملكه عن المغصوب شرطا لحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر في بقا الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات قضا رحسنا عنه ولما قيح ان لو ثبت الملك بالغصب مقصودا كذا في الاسرار والاصول وفي المبسوط بعض اصحابنا من المتقدمين يقول سبب الملك بقدر الضمان على الغاصب كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان وهذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له وبعض المتاخرين قال الغصب سبب موجب للملك عند اداء الضمان وهذا ايضا وهم فان الملك لا يثبت للغاصب عند اداء الضمان حقيقه وهذا لا يسلم له زوايد الولد ولو كان كذلك ينبغي ان يملك الزوايد المتصله والمنفصله كما في البيع الموقوف اذا تم بالاجازه ومع في العباره بعض الشنعه اذ الغصب عدوان محض والملك مشروع مرغوب فلا يصلح ان يجعل العدوان سببا له فانه ترغيب للناس فيه ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع فالاسلم ان يقول الغصب موجب لرد العين ورد القيمه عند تعذر العين بطريق الجبران مقصودا لهذا السبب ثم يثبت الملك للغاصب شرطا للقضا بالضمان لا حكما ثابتا مقصودا بالغصب ولهذا لا يملك الولد الى اخر ما ذكرنا **قوله** نعم قد يفسخ التدبير جواب اشكال مقدر وهو ان يقال لا نسلم ان المدبر غير قابل للنقل بل قابل لان المولى لو باعه وقضى القاضي بجوازه بعد جوازه يفسخ التدبير فاجاب عنه وقال نعم الا ان هناك انفسخ التدبير لان القضا في فصل مجتهد فينفذ وينفسخ التدبير فحينئذ البيع يصادف القن لا المدبر وههنا الضمان يجب بمقابلة تفويت يد المالك عن المدبر لا بمقابلة الرقبه وفي اصول فخر الاسلام وهذا طريق جايز ولكن لا يصار اليه الا عند العجز عن المقابلة بالرقبة لان فيه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وهو عدول عن سنن العدل وقد عجزنا في المدبر عن المقابله بالرقبه صيانة لحق المدبر فجعلنا خلفا عن النقصان الذي حل بيده وفي المبسوط ونظيره فصلان احدهما ضمان العتق فانه بمقابله العين في كل محل يحتمل اتحاد شرطه وهو ملك العين وفيما لا يحتمل اتحاد الشرط كالمدبر وام الولد عنده ثم لا يجعل بدلا عن العين بل عن اليد والثاني ضمان الصلح فانه اذا اخذ بالتراضي كان الماخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين يجعل الماخوذ بمقابله الجناية التي حلت بيده واما الجواب عن الايه انها تدل على ان الاكل بالتجارة عن تراض جايز لا ان يكون الجواز مقصورا عليه بالاجماع مع ان معنى التجاره عن تراض ههنا موجود لان المالك متمكن من ان يصبر حتى يظهر العين فياخذ فحين طالب بالقيمة مع علمه ان من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك كذا قيل والجواب عن المعنى الذي ذكر ان الضمان بمقابله ما هو

المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاكيه ولهذا يسمى قيمة العين وَامّا
الجواب عن مسلة القلب انه انما لا يبطل بالافتراق ههنا لانه ثبت شرطا للضمان كما ذكرنا والجوا
عن المدبر تدبر ومما يويد قولنا قوله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى فامرهم بالتصدق
ولو لم يملكوها لما امرهم بالتصدق لان التصدق في ملك الغير اذا كان ما لكها معلوما لا يجوز بل
يحفظ عليه عين ملكه فان تعذر بياع فيحفظ عليه ثمنه كذا في المبسوط **قوله** فالقول قول
الغاصب مع يمينه ولا يعلم فيه خلاف الا ان يقيم المالك منه والقول له وفي المبسوط والدعوى
في دعوى المغصوب ذكر الجنس والصفة ليس بشرط كما في ساير الدعاوي لان محمدا ذكر في الاصل
اقاً بيّنه على رجل انه غصب جارية لم يحسن المدعى عليه حتى يحيها ويرهنها قال الحلواني في
هذه المسلة مما يحفظ لانه قال اقام بينه ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها قال بعض المشايخ تاويل
المسلة انه ذكر الجنس والصفة والقيمة وقال ابو بكر الاعمش تاويلها ان الشهود شهدوا على اقرار
الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان القضا بالمجهول
غير ممكن ولكن الاصح ان هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفة للضرورة لان
الغاصب ممتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما ياتي من الشهود معاينة فعل الغصب
دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم للتعذر فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته
باقراره فيحبس ولان وجوب الرد عليه ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم بشهادتهم فيتمكن القاضي
من القضا به اما بينة الغاصب على القيمه لا تقبل لو كذبه المالك لانها على نفي الزيادة وقيل ينبغي
ان تقبل بينته لاسقاط اليمين عنه اذا لبينه تقبل لاسقاط اليمين كما لو ادعى المودع رد الوديعه
يقبل **قوله** فلا خيار للمالك وبه قال ملك وعند الشافعي واحمد له الخيار لعدم زوال
ملكه عندهما عنه **قوله** واخذه اي اخذ المالك دونها لعدم البينة لا بالرضا **قوله**
فكذلك الجواب اي للمالك الخيار وقال الكرخي لا خيار له لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله **قوله**
لانه لم يتم رضاه دليل الاصح فانه لم يعطه ما يدعيه اذ جاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين
فلا يكون مثله عنده فلا يرضى به بدلا وقد لا يرضى الانسان بزوال ملكه عن العين بقيمته او اكثر فلم
يتم رضاه فاذا اختار المالك اخذ المغصوب للغاصب ان يحبسه حتى ياخذ القيمة التي دفعها اليه
لانها مقابلة بخلاف المدبر لانه ليس بمقابل به **قوله** جاز بيعه وبه قال احمد في روايه وقال في
رواية لا يجوز بيعه كالاعتاق وبه قال الشافعي وملك كتصرفات الفضولي ولنا الفرق ان الملك
الثابت للغاصب ناقص لثبوته مستندا والثابت بالاستناد ثابت من وجه حكما لا حقيقة فيكون ناقصا
يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب فانه يجوز بيعه لا عتقه او ضروري يثبت الملك للغاصب
ضرورة اذ الدليل يابى ثبوت الملك له لكونه عدوانا والملك نعمة وانما يثبت ضرورة القضا بالضمان
كما ذكرنا والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد لان
الملك يثبت شرطا للقضا بالقيمه والولد غير مضمون عليه بالقيمه وهو بعد الانفصال ليس بتبع
لامه ولا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع
بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع ضمنا او قصدا ولان ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد
بدليل ان الغاصب اذا آجر المغصوب يملك الاجر ولا يملك كسب الولد والملك الناقص يكفي لنفوذ
البيع دون العتق فالمكاتب يملك البيع ولا يملك العتق وانما قيد باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا
عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم يضمن الغاصب فان فيه روايتين يصح قياسا على المشتري شراً موقوفا

٢٦٨

فان اعتاقه يصح اذا اجاز المالك فكذا ههنا لان عتقه ينفذ بعد نفوذ سبب الملك وهو الشرا
وقياسا على وقفه فانه لو وقفه ثم ضمن الغاصب يصح وقفه بخلاف الغاصب اذا اعتق لان المستند له
حكم الملك لا حقيقة الملك وفي روايه يصح على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد وزفر اما لو
اجاز المالك اعتاق المشتري من الغاصب او اعتاق الغاصب قبل اداء الضمان ينفذ الاعتاق بلا
خلاف والفرق لابي حنيفة وابي يوسف بين اعتاق المشتري من الغاصب مع التضمين وبين اعتاق المشتري
من الغاصب مع اجازة المالك ان المشتري هناك يملكه من جهة الغاصب وملك الغاصب ناقص
لانه مستند على ما بينا فكيف يستند لمن ملكه من جهته فلهذا لا ينفذ اعتاقه اما في الاجازة يستند الملك
له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت
العقد فينفذ عتقه كذا في المبسوط **قوله** وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال سواء
غصبها حاملا او ولدت عنده او حبلت في يد الغاصب امانة في يد الغاصب لا يضمنها الا بالتعدي
او بالمنع بعد الطلب وبقولنا قال ملك اما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنما وغير
مضمون على الغاصب لانه بدل المنفعة وهي غير مضمونة على الغاصب عندنا وقال الشافعي زوايد
الغصب مضمونة وبه قال احمد متصلة كانت كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والثمر لانها حصلت
من اصل مضمون عليه بالتعدي فيكون مضمونة كولد ظبية مخرجة من الحرم وهذا لان ضمان الاصل
باعتبار يد مبطلة عليه وهذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فيصير مضمونة
ضرورة والدليل عليه ان العرف في الجاهلية يغصبون ويتملكون قال بعضهم بالاستيلا عليها
فجعل الشرع حكم الغصب من الملك الى الضمان فاما الغصب فعلى ما كانوا يعتقدون وبا شروط
الاستيلا سببا فعلم ان حده هذا لا قطع يد المالك ولهذا يضمن غاصب الغاصب وقد عدم قطع يد
المالك لان يده انقطعت بالغصب الاول **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكره في اول الغصب
انه في الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده **قوله** لان يد المالك ما كانت
ثابتة على هذه الزيادة **فان قيل** اذا غصب حاملا ينبغي ان يضمن ولدها لان الغصب
ورد على الجارية بجميع اجزائها والولد جزء منها فيجب ان يكون الولد مضمونا وليس كذلك والروا
في الاسرار ولانه اذا لم يزل يد المالك عن الولد ينبغي ان لا يضمنه بعد الطلب لانه لم يكن في
يده حتى يزيله مع ذلك ولان غاصب الغاصب يضمن مع انه لا يزيل يد المالك لانه زال بالغصب
الاول ولان الملتقط اذا لم يشهد يضمن مع انه لا يزيل يد المالك ولان المغرور يضمن الولد
وان لم يوجد منه ازالة يد المالك في حق الولد ولان المال قد يضمن بالتسبيب على طريق
التعدي في حفر البير على قارعة الطريق وامساك الام ههنا سبب حصول الزيادة لا محالة
فان اهل السوايم يمسكون السوايم للزيادة خصوصا اذا غصبها حاملا فكان الامساك بطريق
التغلب سببا لاتلاف ملك المالك فيضمن ولان الاوصاف القارة في الامهات يسري الى الاولاد
كالحرية والام ههنا مضمونة فيجب ان يحدث الولد على هذه الصفة **قلنا** اما الجواب عن
المسلة الاولى انما لم يضمن ولدها لعدم تحقق الغصب في حقه لانه عبارة عن اخذ مال محترم متقوم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك والولد قبل الانفصال لا يعد مالا متقوما ولهذا يعد
عيبا في الام قبل الولادة فلم يتحقق الغصب فيه كما لو حبلت في يد الغاصب وولدت وعن المسلة
الثانية والثالثة والرابعة ان المنع بعد الطلب او الفعل الذي يقوم مقام المنع كترك الاشهاد في
اللقطة بمنزلة الغصب حقيقة لان المالك ولاية استرداده في كل وقت فاذا امتنعه كان مزيلا ليده

تقديرا فوجد الغصب والجواب عن التسبيب كما في حافر البير لان الاتلاف في البير حقيقي اما بمجرد
الايدي في المال لا يحصل التلف بل المال يحصل بالايدي ويحفظ بها فالضمان لما لك ههنا على
من ازال يده عن ماله بالاتلاف ولم يوجد ازالة اليد في حق الزيادة فلا يضمن واما الجواب عن
فصل السراية فقلنا الملك يسري لانه ثابت في رقبة الام فيكون صفة لها فيسري الى الولد اما
الضمان عبارة عن لزوم الحق واللزوم في ذمة الغاصب وصفة له لا للمال وانما يوصف المال
به مجازا كما يقال فلان مغصوب والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك فانه وصف للمحل حيث
يوصف بانه مملوك حقيقة فلذلك تعدى دون كونه مضمونا اليه اشار في الاسرار ولكن فيه
نوع تامل **قوله** او باعه وسلمه وقيد بالتسليم لان بمجرد البيع لا يتحقق التعدي بل بالبيع
والتسليم كما لو باع المودع الوديعة وسلمها ويحصل بها تفويت يد المالك لانه كان متمكنا
من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم كذا في المبسوط **قوله** ولو اطلق
الجواب يعني لم قلنا بوجوب الضمان في ولد الظبية قبل التمكن من الارسال وبعده **قوله**
فهو ضمان جناية الى الضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية به لانه بالحرم امن صيدا وذا
في سفره وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما وقد تحقق ذلك
في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال محفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي
لا باثبات اليد عليها كذا في الاسرار ولهذا يتكرر اي الجزا بتكرر الجناية ثم لو ادى ضمانه ثم
ارسله في الحرم ثم اخرجه من الحرم يجب ضمان اخر ويحتمل ان يكون معناه حتى يتكرر وجوب الارسال
بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا الوجه موافق لرواية المبسوط ولو كانت الزوايد
متصلة كالسمن والجمال فهو امانة ايضا عندنا ومالك حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن
قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي واحمد يضمن كما في المتصلة وكذا لو ازدادت
قيمته بتعلم الصناعة او بالسعر ثم هلكت لم يضمن الا قيمتها يوم الغصب عندنا ومالك وعند الشافعي
يضمن قيمتها يوم الهلاك لان الزوايد عندهما مضمونة بغير المنع وعند الضمان بالتعدي او المنع ولم
يوجد اما لو باع الجارية بعد ما ازدادت قيمتها بالزيادة المتصلة او زاد حرا في يد الغاصب وسلم
فان كان قايما في يد المشتري اخذه صاحبه بالاجماع وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء ضمن المشتري
قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض ولا يضمن البايع قيمة الزيادة عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يضمن الزيادة بالبيع والتسليم وبه قالت الايمة الثلاثة هذا رواية ابن
سماعة عن محمد رحمه الله وفي ظاهر الرواية ان اختار تضمين البايع له ذلك ان شاء ضمنه قيمتها
وقت البيع والتسليم وبه قال مالك وعند الشافعي واحمد قيمتها يوم الهلاك وجه قولهما انه
تعدي في الزيادة بالبيع والتسليم فيضمن كما لو قتلها بعد الزيادة وكما في الزيادة المتصلة وجه قول
ابي حنيفة ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في الزيادة وانما قلنا ضمان البيع
والتسليم ضمان غصب لان ملك المالك في المغصوب باق بعد بيع الغاصب ولا يمكن تضمين الزيادة
مع الاصل لان ضمان الاصل ضمان واجب بالغصب وذا لا يتصور اجابة بالتسليم لان اثبات الثابت
محال ولا يمكن تضمينها بدون الاصل لانها تبع للاصل فلا يفرد عن الاصل بضمان الغصب بخلاف
القتل لانه استهلاك لا غصب الا ترى ان الحر لا يضمن بالبيع والتسليم ويضمن بالاتلاف وبخلاف
الزيادة المنفصلة لان بالبيع والتسليم قصدا يصير غاصبا ولهذا لا يدخل في البيع دون الذكر لانه
كان المالك متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم فصار غاصبا كما في الوديعة

بعد كذا في المبسوط والايضاح **قوله** وما نقصت الجارية في ضمان الغاصب فقوله في
ضمان الغاصب حترز ما لم به حكم المسئلة وبقولنا قال مالك اذا حبلت بعد الغصب اما لو غصب
حاملا لا نقصان الولادة ولا ينجبر بالولد وعندنا ينجبر **قوله** وقال زفر والشافعي لا ينجبر وبه
قال احمد لان الفايت ملكه والولد ملكه وملكه لا يكون جابرا لملكه اذ الضمان يجبر ما فات عنه او
ما ثبت الاثر اي بسبب الولادة هكذا نص في الاسرار والايضاح وما لو لد وفا اي بقيمته وفا
وكما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره يعني لم نبت مكانها اخرى فان قيمتها لا ينجبر ما نقص
بما نبت او خصي عبد غيره يعني فيه قطع جزء منه وهو نقصان فيه ولكن ازدادت فللمالك ان
يضمنه نقصان الخصية كما لو لم يرد قيمته او علمه الحرفة فاضناه بسبب التعليم فلا ينجبر ما اضناه
بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة اي عندهما والعلوق عند ابي حنيفة على ما يجي وهذا لان الولادة اوجبت فوات جزء
من ماليه الاصل وحدوث ماليه الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا
حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد سببهما امتنع ظهور النقصان
فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن فلا يعد نقصانا حتى لو شهدوا عليه ببيع
شي بمثل قيمته ثم رجعوا لم يضمنوا شيا **فان قيل** سلمنا ان الزيادة حصلت بالولادة ولا نسلم
حصول النقصان بها بل بعلوق سابق لان حال الولادة حاله استراحة وحال العلوق حاله مشقة
فيضاف النقصان الى المشقة **قلنا** حاله الاستراحة بعد الولادة اما حالة الولادة حالة زيادة
خروج الولد لحاله مشقة فيحصل به النقصان على انا نقول النقصان مضاف الى العلوق والزيادة
مضافة اليه ايضا لان به يحصل اصل الولد ويصير مقصودا عند الولادة كذا في طريقه محمد الايمه
قوله وولد الظبية ممنوع يعني لا نسلم انه لا ينجبر به بل ينجبر وكذا لو ماتت الام وبقيمة الولد
وفا ينجبر فلا يرد نقضا وان لم يكن وفا ينجبر بقدر قيمة الولد ويضمن ما زاد ذلك من قيمة الام **قوله**
ويخرج الثانية اي الرواية فيما اذا ماتت الام لا ينجبر بالولد وهو ظاهر الرواية لاختلاف السبب
كما ذكر في المتن فلا يرد نقضا لان كلامنا فيما اذا اتحد سببهما وذلك لانه لما ماتت من الولادة
كانت موتا من اصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح تبين انه كان قتلا لا جرحا ثم من حيث ان ولا
موت لا يكون موجبه للزيادة فلا يتحد السبب **قوله** وكذا لا بد من رد خلفه وهو الولد
الذي خلف عن النقصان ولم يوجد **قوله** والخصي والاولى خصا على فعال لا مصدر خصى على
فعل قياس وان لم يسمعه كذا في المغرب وفيه الهزال خلاف السمن وقد هزل بضم الهاء فهو مهزول
والجمع مهازيل وسبب النقصان التعليم لان المشقة تحصل به وسبب الزيادة الفهم الا ترى انه
قد يشترك اثنان في التعلم والتعليم ويسبق احدهما الحذاقة **قوله** ان تملكه لا يجبر ملكه
قلنا نحن نسعى بمنع ظهور النقصان فلا يحتاج الى الجبر اليه اشار في الاسرار والمبسوط والايضاح
قوله فزنى بها ثم وطي المغصوب به موجب الحد قبل الضمان بلا خلاف للايمة وبعد الضمان
لا يوجب الحد عندنا وقد مر في حد الزنا **قوله** وقال الا لا يمن في الامة الا نقصان الحبل وبه
قالت الايمة الثلاثة لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان
النقصان وهلاكها بعد الرد بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة اذ الولادة انما تفضي
الى الهلاك بسبب كبر الولد وضيق المحل ولهذا يعد الهلاك في النسا بالولادة فلا يكون الهلاك
مضافا الى العلوق والعلوق لا يفضي الى الهلاك **قوله** او زنت في يده اي في يد الغاصب

نجلدت فهلكت منه اى من الجلدة ففى هذه المسايل الثلاث يرجع بالنقصان عندهما **قوله**
فلم يصح الرد فلم يبرا لان الرد انما يصح اذا فسخ فعله الاخذ من جميع الوجوه ولم يكن كذلك لانه اخذ
فارغة عن الحبل والرد وجده وهى حاملة قد انعقد سبب الهلاك فى حقها فكان الرد حين وجد مترددا
ان سلمت من الولادة ظهر ان الرد وقع صحيحا وان اتصل به الهلاك ظهر ان الرد لم يصح وكانها هلكت
عند الغاصب **قوله** بخلاف الحرة بان كانت مكرهة على الزنا لا يضمن بالغصب والاخذ ولهذا
لو هلكت عنده بدون الزنا لا يضمن بالاجماع وفى فصل الشرا قيل هو ممنوع ولين سلم فالواجب على
البايع ابتدا تسليم المبيع الى المشترى على الوجه الذى تناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد
ذلك باعتبار ظاهر الحال اذ الغالب فى الولادة السلامة فاما على الغاصب يجب فسخ فعله وهو
الغصب بالرد كما قبضها ولم يوجد ذلك الا يرى ان البايع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشترى
فمات من ذلك فى يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فمات من ذلك
يلزمه جميع قيمته كذا فى المبسوط **قوله** وما ذكره شرط صحة الرد اى حاصل ما ذكرنا وهو ان
يردها كما غصبت سالما عن الحبل شرط صحة الرد ولا يتحقق صحة الرد الا بنسخ فعله و **قوله**
والزنا سبب موجب جواب عن قولهما يعنى ان الزنا سبب لحد مولم لا جارح ولا متلف ولهذا
سوط الامرة له فلم يكن الهلاك مضافا الى السبب الذى كان عند الغاصب بل كان بسبب حادث
فى يد المالك فلا يضمنه الغاصب وكذا الجواب عن مسئلة الحمى فان الهلاك لضعف الطبيعة عن دفع
اثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل باول الحمى الذى وجد فى يد الغاصب وهى غير موجبة لما كان
بعده اما الحبل فيوجب انفصال الولد وذلك يوجب الم الولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب
الاول كذا فى شرح الجامع وذكر التمرتاشى مسئلة يحتاج المعرفة اليها فقال جامع امراته فماتت منه
او افضاها لم يضمن عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن لانه ماذون بالجماع على وجه لا يتلف
كالرمى الى الصيد ولهما ان الجماع يحملها تقضى شهوتها وتوكد حقها فى المهر فكان عمله كعملها بخلاف
الرمى ولو انكسر فخذها او يدها من الوطى او ذهب عينها فارش ذلك فى ماله بالاجماع **قوله**
ولا فرق فى المذهبين فيما اذا عطلها او سكنها فان عند الشافعى يضمن وبه قال احمد وعندنا لا يضمن
واختلف اصحاب مالك ونصروا انها لا تضمن كقولنا فى صورة الغصب وكذا فى صورة الاتلاف وعن ابن
القاسم يضمن غلة الرباع والابل والغنم ولا يغرم غلة العبيد والدواب وقال بعضهم ان سكنها يجب
اجر المثل وان عطلها لا ونصروا انها لا تضمن على الاطلاق كقولنا للشافعى انها اموال متقومة
اما كونها اموال فانها تصلح صداقا والمشروع هو الابتغا بالمال والا يرى ان الاجارة من التجارة وهى
مبادلة مال بغير مال والاعيان انما كانت اموالا باعتبار منافعها فلان تكون المنافع اموالا بنفسها
اولى وهى متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها
وتقوم فى الاعيان بالعقد فاستحال ان لا يكون متقومة بنفسها ولان الاعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا
والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر ونحوه ونسم ولنا قوله عليه السلم الخراج بالضمان وضمانها على
الغاصب وما روى ان عمر وعليا حكما فى ولد المغرور بالقيمة واجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم
يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى جميع حقه ولو كان ذلك واجبا
لما حل لهما السكوت عن بيانه وذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكرها احد من الصحابة فصار ذلك اجماعا
سكوتا ولان المنافع حدثت على ملك الغاصب فلا يكون مضمونة عليه اذ الانسان لا يضمن ملك نفسه
وهذا لانها حادثة بفعله وكسبه وفى يده والكسب للكاسب لقوله صلى الله عليه وسلم كل الناس احق

بكسبه وهذا معنى قوله لحدوثها فى امكانه اى فى تصرفه وقدرته ولين سلمنا حدوثها على ملك
المالك فلا يتصور غصبها واتلافها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاتلاف لانها اعراض لا تبقى
وما لا يبقى لا يتصور غصبه واتلافه اذ اتلاف الشى وغصبه انما يرد فى حال بقايه وهذا معنى
قوله كيف لا يتحقق غصبها واتلافها الى اخره وفى المبسوط اتلاف المنفعة لا يتصور لانه اما ان
يكون قبل وجودها او مقارنا للوجود وبعد الوجود لا وجه للاول لانها معدومة والمعدوم
غير قابل الاتلاف ولا وجه للثانى لانها اذا قارن الوجود يمنع الوجود والاتلاف يرد على الموجود
ولا وجه للثالث لانها اذا وجدت فيبت وكانت بعد الوجود زمان الفنا وزمان الفنا زمان
العدم فلا يتصور الاتلاف ولا تفاها اى ولو سلمنا تصور غصبها واتلافها فلا يمكن تضمينها
اذ المماثلة شرط فى ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة
بين العين والعرض كما بين فى الاصول وفى المختلف و **قوله** ولا نسلم انها متقومة جواب
عن قول الشافعى يعنى لا نسلم انها مالية اذ مال الشى انما يثبت بالتمول وهو صيانة الشى للحاجة
وذا لا يتصور فيها ولا يكون متقومة فى ذاتها ايضا لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذا
لا يتصور فيما لا يبقى زمانين وانما يثبت حكم التقوم لها شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة
العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة وبطلت المقايسة لان للرضا اثرا فى ايجاب الاصول فى العقود
جميعا فالمال يجب بالشرط لا بغير مال وهذا يجوز بيع عبد قيمته الف بالوف وشى من ذلك
لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصف يقع الفرق بين الفرع **قوله** فهو باطل الا
ما انتقص باستعماله مضمون عليه وقيد باستعماله بحسب الغالب لكن الحكم ثابت فيما اذا انتقص بدون
استعماله لفوات جزء العين فى يد الغاصب قال مشايخنا هذا اذا لم يكن معدا للاستغلال فان كان معدا
له يضمن المنافع بالغصب والاتلاف وفى فتاوى الكبرى منافع عقار الموقوف مضمونة سواء كان
معدا للاستغلال او لا نظرا للوقف وفى المحيط واصحابنا المتاخرين يفتون بقول الشافعى فى المسبلة
والاوقاف واموال اليتامى ويوجبون اجر منافعها على الغصبة ثم فى مسئلة فتح راس التنور
المسجور انما يضمن قيمة الحطب مع ان غصب المنافع واتلافها غير متصور لما انه اتلف ما هو المقصود
من تسجير التنور فصار هذا بمنزلة استهلاك العين فلذلك ضمن الحطب واما قوله انها تصلح صداقا
قلنا لا نسلم انها تصلح مهرا ولهذا لو تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران لا يصح
عندنا اما لو تزوجها على خدمة عبد سنة يجوز لان منفعة العبد وخدمته بامر المولى تتضمن تسليم
الرقبة ورقبته مال واما اجارة العبد الماذون والشريك والوصى والاب باعتبار ان التفاوت
الذى بين الجوهر والعرض لا يعد غبنا فى الاسواق وهذا لان ضمان العقود فى الاصل بنى على
التراضى لا التساوى بل الارباح انما يحصل عند التفاوت والشرط فى الوصى وغيره ان يحترز عما يتعارف
غبنا فى الاسواق لا المماثلة من كل وجه اما ضمان العدوان فيبنى على المماثلة فى اصله ولم يوجد هذا
الوصف يقينا فلم يكن من موجب الغصب اليه اشار فى الاسرار **فصل**
غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع فى بيان غصب
ما لا يتقوم **قوله** وقال الشافعى لم يضمنها للذمى ايضا اى فى جميع الصور وبه قال احمد اما فى نهى
عن تعرض خمر الذمى بالاجماع ويجب ردها وفى الغصب بالاجماع اذا كانت لذمى يجب اراقتها فى المسلم
وعلى هذا الخلاف اذا اتلف ذمى خمر ذمى او خنزيره وبقولنا قال مالك المسئلة على اربعة اوجه احدها
اتلاف المسلم خمر المسلم ففى الصورتين لا ضمان بالاجماع والثالث اتلاف المسلم خمر الذمى والرابع اتلاف

والثانى اتلاف الذمى خمر المسلم

الذمي خمر الذي ففي الصور من يجب الضمان عندنا ومالك وعند الشافعي واحمد لا يضمن وعلى هذا
لو باع ذمي الخمر من ذمي يجوز عندنا خلافا للشافعي لسقوط تقومها في حق المسلم لانهم اي اهل الذمة
اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين فتبين ان كل حكم ثبت في حق الذمي ولان عقد الذمة خلف على الاسلام وكل حكم ثبت في
بالاسلام ثبت بعقد الذمة فاذا سقط تقومها في حقهم ايضا سقط الضمان ولا يصلح بيعها وصار
كما لو باع مسلم من مسلم خمرا وصارت كالميتة والدم والعبد المرتد للذمي اذ اعتقاده لا يكون حجة على
المتلف ولنا ان التقوم باق في حقهم بدليل ان عمر امر ببيعها لعماله واخذ العشر من ثمنها حين سالوه
ماذا نصنع بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال عمر لا ولكن ولوهم بيعها وخذوا
العشر من ثمنها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حتى جوز بيعها واخذ العشر من ثمنها ولانه قال عليه
السلام اتركوهم وما يدينون والخمر كانت متقومة في شريعة من كان قبلنا وفي صدر شريعتنا
والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السباق والسياق وبقي
في حق من لم يرد حل بحث الخطاب على ما كان من قبل **قوله** والسيف موضوع بعقد الذمة
لانه خلف الاسلام والخطاب عندنا نازل في حقهم كما بينا فبقي الحكم على ما كان بخلاف الميتة والدم
لان احدا من اهل دين سماوي لا يتمولها وفي المبسوط تركنا اياهم وما يدينون ليس لتوسعة الامر عليهم بل
فيه استدراج وتركهم على الجهل وتمهيد لعقوبة الاخرة والخلود في النار وتحقيق لقوله صلى الله عليه
وسلم الدنيا سجن المومن وجنة الكافر وقيل المراد من الميتة الذي مات حتف انفه اما الذي خنقوه او
ضربوه حتى مات كما يفعله المجوس فعند ابي يوسف تضمينها المسلم بالغصب والاتلاف وقال محمد لا
يضمنها كالميتة لانها ليست في اعتقاد اهل الذمة وقد امرنا احكام المجوس على احكام اهل
الكتاب لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب وفي المبسوط هذا ضعيف فان في
حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان يبنى على ذلك على اعتقاد اهل الكتاب حتى جوزنا نكاح
محارمهم ولا يقال اذا مات المجوسي عن امراتين واحدهما منكوحته فانها لا ترث بالزوجية وقد اعتقد
ان هذا النكاح صحيح لانا نقول لا يلزم من صحة النكاح التوارث فانه ممتنع بالرق واختلاف الدين
مع صحة النكاح مع ان اهل الذمة لا يتوارثون بانكحة المحارم فلذلك لم ترث بعد بالزوجية **قوله**
لكونه اي لكون التمليك اعزازا له اي للخمر فتجب قيمته **فان قيل** ما الفرق بين ما اذا اتلف
مسلم خمر ذمي حيث تجب قيمته وبين ما اذا اتلف ذمي خمر ذمي ثم اسلم حيث لا يجب عليه شيء لا القيمة
ولا الخمر عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة والرواية في المبسوط واسلام المقارن لا يمنع
وجوب القيمة فالطاري اولى **قلنا** الفرق انه حين اتلفه لم يكن اتلافه سببا لوجوب القيمة ولم
يوجد بعد ذلك سبب الوجوب وعند محمد ابي حنيفة عليه قيمة الخمر لانه لا يمكن ايجاب
الخمر لانه مسلم ولا يمكن ابراؤه عن الضمان لان المتلف عليه ذمي والخمر في حقه مال متقوم وقد امكن
ايجاب القيمة فيجب اما في الخنزير يسقط الضمان باسلامهما او اسلام احدهما بالاتفاق لان الواجب هو القيمة
والاسلام لا ينافيها **قوله** وهذا اي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا فانه يتعرض لهم
في ابطال عقود الربا حتى لو باع درهما بدرهمين يسترد الدرهم الزائد لانا لم يضمن له ترك التعرض
في ذلك قال صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في
الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا حرمة الربا في اعتقادهم قال تعالى واخذهم الربا
وقد نهوا عنه **قوله** وبخلاف العبد المرتد معطوف على قوله وبخلاف الربا وكلاهما متعلقان

بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر لانا امرنا بتركهم وما يدينون فاورد استحلالهم الربوا
فاجاب عنه ثم اورد عليه العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن وان كان الذمي يعتقد ان العبد
المرتد مال متقوم ولذلك لم يعتبر اعتقاده في ايجاب الضمان وهو المقيس عليه للشافعي فاجاب
عنه بقوله لانا ما ضمنا الى اخره **فان قيل** يشكل على هذا التعليل ما لو اتلف صليب
نصراني حيث يضمن قيمته مع ان في ترك التعرض في حقه عبادة الصليب على اعتقادهم استخفافا بالدين
قلنا ان النصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد كذا في الايضاح **قوله** وبخلاف
متروك التسمية اي عامدا حيث لا يجب الضمان باتلافه مع ان الشافعي ومن تابعه قال انه مال متقوم
ولو يعتبر اعتقاده بالاجتهاد واعتبرنا اعتقاد اهل الكتاب فاجاب بقوله لان ولاية المحاجة
باقية معهم اذ ثبت لنا بالنص ان متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لم يعتبر اعتقادهم
في ايجاب الضمان **قوله** والمراد بالفصل الاول اذا خللها الى اخره وعند الشافعي واحمد
لا يصير الخمر طاهرا بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب اراقتها كما قبل التخليل اما لو خللت بنفسها يجب
ردها بالاجماع ويضمن متلفها بالاجماع وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي في الاصح
واحمد وفي قول لا يلزمه رده وبه قال احمد في وجه لانه صار مالا متفرقا **°** القرظ بفتحتين ورق
السلم يدبغ به ومنه اديم مقروظ وبالفارسية برغنج والعفص مازو **قوله** ويعطي على بناء الفاعل
اي ياخذ المالك الجلد ويعطي ما زاد الدباغ وفي الذخيرة قال القدوري هذا اذا اخذ الجلد
من منزل المالك فاما اذا القى الميتة على الطريق فاخذها رجل ودبغ جلدها فليس للمالك ان ياخذ
الجلد وعن ابي يوسف له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا وان استهلكهما اي الغاصب الخل
والجلد المدبوغ وقالا لا يضمن الجلد مدبوغا وبه قالت الايمة الثلاثة في قول و**قوله** ويعطي
على بناء المفعول اي يعطى الذي دبغه ثم استهلكه هذا محمول على اختلاف جنس ما ضمن وما اعطي
على ما ذكر في الكتاب ولو هلك اي كل واحد من الخل والجلد المدبوغ لا يضمن بالاجماع وعند الائمة
الثلاثة لو خللت الخمر نفسه وهلكت في يد الغاصب يضمن اما اذا خلل بفعل الغاصب لا يضمنه
وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول وجب رده يضمن **قوله** ولهذا
فارق الهلاك عن نفسه حيث لا يضمن لانه لم يفوت شيئا فلا يضمن كما في المستعار حيث يضمنه بالاستهلاك
دون الهلاك وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له بالاستهلاك دون الهلاك وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له
يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك **قوله** محمول على اختلاف الجنس بان قضى لاحدهما بالدراهم
وللآخر بالدنانير اذ القاضي انما يقضي يشترى به في الاسواق ويباع اما عند اتحاده بان قومها
بالدراهم او الدنانير فحينئذ يطرح ذلك القدر ويوخذ منه الباقي لانه لا فائدة في الاخذ منه ثم الرد
عليه وله اي لابي حنيفة التقوم حصل اي تقوم الجلد حصل بفعل الغاصب فيكون تابعا لما زاد الدباغ
فيه لظهور ماليته به فلا يضمنه بالاستهلاك كما لا يضمن الاصل وهو ما زاد الدباغ فيه ولهذا لا
يضمن الجلد بدون هذا الوصف وبخلاف وجوب الرد حال قيامه اي الجلد لانه اي الرد يتبع الملك
اي تابع للملك والجلد في حكم الملك غير تابع للصنعة لثبوت الملك قبل الصنعة **قوله** في
هذا الوجه اي الذي دبغه بشيء متقوم قيل ليس له ذلك اي مطلقا بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له
فلا يمكن تضمينه لان التضمين للمتقوم بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وكان له تركه عليه واخذ القيمة
و**قوله** على هذا الخلاف على ما بيناه انفا قيل يضمنه قيمة جلد غير مدبوغ اي على قولهما كما في
الاستهلاك اعني الذي دبغه بشيء له قيمة وقيل قيمة جلد ذكي اي طاهر غير مدبوغ لان صنعة الدباغ حصلت

بفعله فلا يوجب الضمان عليه لانه زوال صفة النجاسة وذلك حاصل بفعله
بل يميز الجلد من الدسومات النجسة **قوله** ولو استهلكه اي الجلد الذي دبغه بشي لا قيمة له
يضمن قيمته مدبوغا اي بالاجماع نص في الذخيره لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه
فكانت الماليه والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك **قوله** لان وصف الدباغة هو
الذي حصل فلا يوجب الضمان عليه لكن من ضرورته صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل بتميز
الجلد من الدسومات النجسة وجه الاول وهو ان يضمنه قيمته مدبوغا قال القدوري لو ان
الغاصب جعل هذا الجلد اديما او زقا او دفترا او جرابا او فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك
سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب فكان هو اولى فان كان الجلد ذكيا فعليه قيمته يوم
الغصب وان كان ميتة فلا شي له كذا في الايضاح والذخيرة **قوله** قالوا اي اكثر المشايخ الخل
للغاصب على قول ابي حنيفه لانه استهلاك الا ان الخمر لم يكن متقومة والملح كان متقوما فترجح
جانب الغاصب فيكون له بغير شي وقال بعض المشايخ هذا والاول سوا اذ الملح صار مستهلكا
فيه فلا يعتبر **قوله** على ما قيل وقيل في الجلد اي على القولين المذكورين في دبغ الجلد
وسعى ان يقرا بالوصل حتى يستفاد منه ذلك المعنى ولو خللها بالقا الخل اختلف المشايخ فيه ايضا
قال بعضهم على قول ابي حنيفه يكون للغاصب بغير شي سوا صار خلا من ساعته او بمرور الايام
لان الخلط استهلاك واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعلى قول ابي يوسف ومحمد ان صار خلا
بمرور الزمان كان بينهما على قدر كيلهما لانه لم يصر استهلاكا بل صار كانه خلط الخل بالخل وهو اي
خلط الخل بالخل على اصله على اصل محمد ليس باستهلاك اذ خلط الجنس بالجنس ليس باستهلاك وهو
قول ابي يوسف ايضا فيكون الخل مشتركا بينهما لانه صار خالطا خل نفسه بخل غيره فاذا اتلفه
فقد اتلف خل نفسه وخل غيره كذا في جامع ابي اليسر **قوله** في الوجهين ما اذا صارت خلا
من ساعته او بمرور الزمان ولا ضمان في الاستهلاك اي في استهلاك خمر المسلم ولا يجوز ان يضمنه باعتبار
الخل ايضا لان الخل ملك الغاصب **قوله** وقد كثرت فيه اقوال المشايخ حتى قال بعضهم يصير
المخلوط مشتركا ههنا بالاجماع لان عند ابي حنيفه انما ينقطع حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط
كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ملك نفسه فاما اذا لم يضمونا عليه لا ينقطع وجود
الاستهلاك لعدمه فبقي مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل اخر لغيره كذا ذكره المحبوبي وما
ذكرنا من الاقوال يحتمل ان يكون هو الذي ذكره بقوله وقد ابيناها في كتاب المنتهى **قوله**
او اهراق له سكرا وفي المغرب هراق الما بمعنى اراقه اي صبه يهريق بتحريك الها واهراق يهريق
بسكون الها في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زايد وفي الصحاح هراق الما يهريقه بفتح الها هراقة
اصله اراق يريق اراقة واصل اراق اريق واصل يريق يريق وانما قالوا انا اهريقه ولا يقولون
ااريقه لاستثقال الهمزتين وقد زال ذلك بعد الابدال وفيه لغة اخرى اهرق الما اهراقا على افعل
يفعل وفيه لغة ثالثة اهراق يهريق اهراقا فهو مهريق والشي مهراق ومهراق ايضا بالتحريك وهذا شاذ
وقالا لا يضمن وبه قال ملك واحمد وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح واذا كسر لم
يصلح له لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لانه اتلف بالكسر ماله قيمة وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم
يلزمه ضمانه لو اتلف شيا من الملاهي التي اقتنيت في البيت لا للهو ضمنها عنده وفيه اشارة الى انه اذا
اقتني لاجل التلهي لا ضمان بالاتفاق **قوله** يباح ضربه في العرس يضمن بالاخلاف قال ابو الليث
ضرب الدف في العرس مختلف بين العلما قيل يكره وقيل لا يكره اما الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع

الصحان والجلاجلات ينبغي ان يكون مكروها واما الخلاف في الدف الذي كان يضرب في الزمان المتقدم
كذا في الذخيره وقيل الفتوى في الضمان على قولهما اي يفتى بعدم الضمان لكثرة الفساد في الناس ذكره
في جامع ابي اليسر وذكر الصدر الشهيد عن اصحابنا انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع
الفساد حتى قالوا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وبراق العصير قبل ان يشتد على من اعتاد
الفسق لانه روي عن عمر انه هجم حين بلغه عن نايحه من نسا اهل المدينه فهجم عليها وضربها بالدرة
حتى سقط خمارها فقيل يا امير المومنين قد سقط خمارها فقال انه لا حرمة لها قالوا معنى قوله حين
اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت حرمتها وروي انه احرق البيت على الثقفي حين سمع شرابا
في بيته وعن الفقيه ابي بكر البلخي انه خرج عن بعض ثغور وكانت النسا كاشفات الروس والذراع
فقيل له كيف فعلت فقال انه لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك
استدلالا بما قال عمر وهل يضمن قيمة الدنان ان كان باذن الامام لا يضمن والا يضمن وقال ابو يوسف
ان كان لا يتيسر اراقتها الا بشق الزق لا يضمن ككسر المعازف وعند الشافعي واحمد في رواية
يضمن كذا في جامع المحبوبي **قوله** وهو يامر اي الكسر والاراقة بامر الشرع قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعثت بكسر المزامير وفي روايه بعثت لمحق القينات والمعازف وقتل
الخنازير وقال عليه الصلاة والسلام اذا راى احد منكم منكرا فلينكره بيده فان لم يستطع فبلسانه
فان لم يستطع فبقلبه وكان كسرها امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر باليد فلا يضمن كما لو فعله بامر
الامام وفي الذخيرة والمغني وبستان ابي الليث الامر بالمعروف على وجوه ان كان يعلم باكبر رايه
انه لو امر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالامر واجب عليه ولا يسعه تركه ولو علم
باكبر رايه انهم يقذفونه بذلك ويشتمونه فتركه افضل وكذا لو علم انهم يضربونه ولا يصبر على
ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه ولو علم انه يصبر على ضربها ولا يشكو الى احد فلا
باس به وهو مجاهد ولو علم انهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر بالمعروف
افضل وذكر المحبوبي مطلقا وقال الامر بالمعروف واجب او فرض اذا غلب على ظنه انهم يتركون الفسق
بالمعروف ولو غلب على ظنه انهم لا يتركون لا يكون اثما في تركه **قوله** لانه اي نصراني معر على
ذلك فيضمن عندنا وقال احمد لا يضمن وعند الشافعي بالتفصيل كما ذكرنا والدلايل ذكرها الى اخره
وقد بينا فيه خلاف الايمة الثلاثه ايضا

مسايل تتعلق بهذا الباب

غصب ثوبا فكساه المالك او طعاما فقدمه بين يديه فاكله وهو لا يعلم بانه ثوبه او طعامه يبرا
الغاصب عن الضمان وبه قال الشافعي في قول وملك وفي قول لا يبرا ولو باعه وسلمه له او وهبه وسلمه
او اودعه وسلمه او اعاره وسلمه او اجره وسلمه والمالك لا يعلم به يبرا عن الضمان عندنا وبه قال
الشافعي في وجه وملك واحمد وقال الشافعي في وجه لا يبرا ولو رهنه المالك عند الغاصب لم يبرا عن
الضمان عند الشافعي وعندنا وملك واحمد والمزني يبرا ولو حل رباط دابة او فتح قفص طير او قيد عبد
فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال في قول يضمن وبه قال ملك واحمد وعن
محمد يضمن سوا طار من فوره او مكث ساعة ثم طار اما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا والشافعي
خلافا لملك واحمد ولو حل راس الزق فسال المايع او قطع علاقة قنديل فانكسر ضمن ولو كان الدهن
جامدا فذاب بالشمس فسال لم يضمن وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه يضمن وبه قال ملك واحمد
والغصب لا يتحقق في الحر باجماع العلما فلا يضمن بالغصب اما لو استعمله مكرها لزمه اجر مثله عند الايمة
الثلاثه لانه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وعندنا لا ضمان في منافع العبد ايضا

كان ولو حبسه مدة لا يجب اجره في احد الوجهين عند الشافعي مثله عندنا ايضا وبه قال الشافعي
واحمد في وجه ومالك وقال في وجه اخر انه يضمن كما في العبد ولو غصب كلبا له منفعة وحبس مدة
تجب اجرة في احد الوجهين عند الشافعي وعند احمد ومالك والشافعي في وجه اخر لا تجب ولا يضمن
اذا هلك او اتلفه عند الايمة الثلاثة وعندنا يضمنه لانه مال حتى يجوز بيعه عندنا ه

كتاب الشفعة

مناسبة الشفعة الغصب من حيث ان كل واحد يملك مال الغير بغير رضاه الا ان الغصب عدوان والشفعة مشروعة فكان حقها
التقديم لكن معرفة الغصب لكثرة وقوعه خصوصا في هذا الزمان وللعبرة بسبب الغصب
من الاستحقاق في البياعات والشركات والمزارعات وغيرها وللشفعة سبب واحد وهو اتصال
ملك العقار عندنا ثم من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار وقال تعالى وما جعل
عليكم في الدين من حرج وقال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام والحمل الضرر في
صحبة الاضداد فالصحبة بالجار او الشريك المضر اعظم عقوبة وقد جا في تفسير لاعذبنه عذابا
شديدا اي الزمنه صحبة الاضداد ثم الشفعة لغة ماخوذة من الشفع لغة كما ذكر في المتن وشرعا
تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة والجوار فكان فيها معنى اللغة وسببها الاتصال وشرطها
معاوضة مال بمال وقال الخصاف الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فيه اشارة الى ان سببها
كلاهما على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة لما وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا وقال
شيخ الاسلام الاتصال مع البيع علة لها لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان
الشراء شرط والاتصال سبب لان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح مع وجود الاتصال فلو
كان الاتصال سببا ينبغي ان يصح التسليم لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب فشرطها ان يكون
المحل عقارا سفلا كان او علوا اذ الشفعة لا تثبت في المنقولات قصدا بل تثبت تبعا للعقار ومن
شرطها ان يكون طلب الشفيع وان يكون العقد عقد معاوضة وركنها اخذ الشفيع المشتراة
بشرائطها وحكمها جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضا او بالرضا اليه اشار في المبسوط
والذخيرة والتحفة وغيرها وهي مشروعة بالسنة المشهورة وفي المبسوط زعم بعض اصحابنا
ان القياس يابى جواز الشفعة لانه يملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه فانه من نوع الاكل
بالباطل قال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفسه ولانه بالاخذ يدفع الضرر
عن نفسه ويلحق الضرر بغيره وليس لاحد ان يدفع الضرر عن نفسه بالحاق الضرر بغيره ولكنا تركنا
القياس بالاثار المشهورة والاصح انها اصل في الشرع فلا يجوز ان يقال انها مستحسنة عن القياس
بل هي ثابتة على موافقة القياس واجمع العلما على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربعه الا الاصم
وابن علية فانهما قالا لا تثبت الشفعة بحال لما ذكرنا من وجه القياس **قوله** الشفعة واجبة
اي ثابتة عند تحقق سببها لا ان يكون المراد بها لزوم الاثم عند تركها بالاجماع والخلطة بالضم
الشركة والخليط الشريك يقال خالطه اي شاركه **قوله** وافاد الترتيب في الذخيرة
صورته منزل بين اثنين وسكة غير نافذة فباع احد الشريكين نصيبه فالشريك في المنزل احق
بالشفعة فان سلم فاهل السكة احق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل
وباب داره في سكة اخرى ومسالة الجار على وجهين اما ان يكون الدار المشتراة في سكة نافذة وفي
هذا الوجه الشركة للملاصق واما ان يكون في سكة غير نافذة وفي هذا الوجه جميع اهل السكة
شفعا الملاصق والمقابل في ذلك على السوا وقد قيل الشفعة على اربع مراتب ويظهر ذلك في

مسالتين احديهما بيت في دار في سكة غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم فباع احدهما
نصيبه من البيت فالشفعة اولا للشريك في البيت فان سلم فللشريك الدار فان سلم فلاهل السكة
فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة اخرى والثانية دار بين اثنين في
سكة غير نافذة فالشفعة اولا للشريك في الدار فان سلم فللشريك في الحايط المشترك بين الدارين
فان سلم فلاهل السكة فان سلموا فللجار الملاصق **قوله** وقال الشافعي لا شفعة بالجوار
وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب لان ذلك كالجوار وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر
والبير وبه قال مالك واحمد والاوزاعي وابو ثور وابن المنذر وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي
وعند الثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة تثبت له الشفعة بعد الشريك في المبيع او في حقه وفي
شرح الوجيز عن ابن سريج تخريج لمذهب ابي حنيفة رحمه الله قال القاضي الروياني بعض اصحابي يفتي به
وهو الاختيار للشافعي الحديث المذكور في المتن رواه ابو داود وهذا الحديث ان حسن الشفعة
فيما لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في رواية انما الشفعة فيما لم
يقسم وانما كلمة الحصر ويدل عليه ايضا فاذا صرفت الطرق اي حصل لكل قسم طريق على حدة فلا شفعة
لما فيه اي في حق الشفعة تملك مال الغير بغير رضاه وذا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال
امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه الا ان القياس ترك بالسنة وهي فيما لم يقسم وهذا اي الجار ليس في
معناه لان حق الاخذ ثم يثبت لدفع مونة القسمة اذ لو لم ياخذ يطالبه المشتري بالقسمة فيلحقه مونة
القسمة وهذا لا يوجد في حق الجار ولنا ما روينا جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن
صحيح و**قوله** الجار احق بسقبه ويروى بالصاد رواه البخاري وابو داود وروى الترمذي
عن جابر انه صلى الله عليه وسلم قال الجار احق بسقبه ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحد
ثم قال حديث حسن وفي المغرب السقب القرب والاتصال واريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب
والتسمية بالمصدر ومعنى الحديث الجار احق بالشفعة لانه جا في لفظ الجار احق بشفعته وسئل عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما سقبه قال شفعته وروى الطحاوي عن ابي بكر بن حفص ان عمر كتب الى شريح
ان يقضي بالشفعة للجار الملاصق وبعض اهل العلم رمى حديث جابر بالوهن من جهة عبد الملك ابن
ابي سليمان ولم يصب في ذلك فان احاديث الثقات لا ترد بوهم مع ان عبد الملك ثقة ذكره الترمذي
فان قيل يطلق لفظ الجار على الشريك كما في قول الاعشى • ايا جارتي بيني فانك طالقه •
كذاك امور الناس غاد وطارقه • والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولانه صلى الله عليه وسلم
قال الشفعة فيما لم يقسم نص على النفي عن غيره لان كلمة انما للحصر ولا تعليلكم للاستحقاق بالجوار
بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل وبالجار الملاصق بطريق الاجارة **قلنا** حمل اسم
الجار على الشريك ترك الحقيقة بلا دليل وذا لا يجوز ولان اخر الحديث يابى حمله على الشريك ملغو هذا
لان بالشركة يستحق الشفعة سوا كان الطريق واحدا او لا قال الامام الحلواني تركوا العمل بمثل هذا
الحديث مع شهرته وصحته والعجب منهم انهم سموا انفسهم اصحاب الحديث فلقبوا انفسهم بترك العمل بالحديث
باصحاب الحديث وقد روي ان سعدا عرض بيتا له على جاره فدل ان جميع البيت له فبطل تاويله بالشريك
وسمي الزوجة جارا لانها مجاورة في الفراش لا لانها مشاركة وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة
وتخصيص الشي بالذكر يدل على نفي ما عداه وانما رواية انما الشفعة ليست بثبت ولان بت تقتضي نفي
الشبهة الثابتة بسبب الشركة علا انما المذكور بطريق الكمال كما قال تعالى انما انت
منذر وكما يقال ان العالم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد والشريك في البقعة كامل في

صرف
سبب استحقاق الشفعه دون نفي غيره بدليل سياق الحديث فانه قال في اخره فاذا وقعت الحدود و
الطريق فلا شفعه وعند الشافعي لا شفعة هنا ايضا فكان اخر الحديث حجة لنا ايضا مع انه قيل
هذا من كلام الراوي لا من الحديث فلو صح انه من الحديث فمعنى قوله لا شفعه بوقوع الحدود وصرف
الطريق فكان الموضع موضع اشكال لان في القسمه معنى المبادله ربما اشكل هل يستحق بها الشفعه فبين
النبي صلى الله عليه وسلم انه لا يستحق الشفعه بالقسمه ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر هناك ليس
بسبب اتصال الملك ولان الاخذ بالشفعة لما كان لحق الملك صار فرعا من فروعه فلا يكون الا لمن
له الاتصال به ملكا على الدوام وهذا لان المقصود دفع ضرر التاذي بسوء المجاورة على الدوام
فلهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستاجر والمستعير لان جواره ليس بمستدام ولان الملك الحادث
بالاجارة ملك منفعه ولا اتصال بين ملك الجار وبين منفعة جاره فلا يثبت الشفعه له كذا في المبسوط
والاسرار وغيرهما **قوله** اعتبارا بمورد الشرع وهو الخليط في نفس المبيع **قوله** لان
الاتصال بهذه اي بصفة انه شريك في البقعة لدفع ضرر الجوار اي لدفع التاذي بسوء المجاورة على
الدوام حتى لا يثبت للمستاجر والمستعير اذ هو اي الجوار على الدوام مادة المضار من حيث ايقاد
النار واعلا الجدار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار **قوله** وضرر القسمه مشروع الى
اخره جواب عن قول الشافعي ان مؤنة القسمة تلزمه عند بيع احد الشريكين ومنشا الخلاف بيننا وبينه
راجع الى معنيين فعندنا المعنى المؤثر لثبوت الشفعة اتصال الملك لدفع الشفيع بثبوت حق الشفعه
سوء ضرر الجوار سواء كان ذلك الاتصال في نفس المبيع او حقه او بالجار الملاصق وعنده المعنى المؤثر
لزوم مؤنة القسمه وعن هذا قال لا يثبت فيما لا يحتمل القسمه وكذا في الجار لانه لا قسمه هناك وكذا
في المنقولات لانه يتمكن من دفع مونة القسمة بيع نصيبه والبيع والشرا في المنقول معتاد بخلاف العقار
ولما كان كذلك بقي الشان في الترجيح فعلنا ما ذكرنا معنى فيه لانه يبقى بينهما منازعة دايمة فلو قال الخصم
يمكن دفع ضرر الجار بالمرافعة الى السلطان قلنا ذاك ضرر اشد من السكوت والصبر لانه يحتاج الى المرافعة
وربما لا يندفع بها فيبقى السخيمة الدايم وما ذكر من ضرر القسمه ليس بضرر لانه حق مستحق عليه شرعا
وانما المستحق لا ... على ان مثل هذا الضرر يتحقق في المنقول المشترك وكان ضرر مونة القسمه
مشروعا اما ملك مال الغير بغير رضاه غير مشروع فلا يحتمل غير المشروع لدفع المشروع فعلم ان
المؤثر في الاصل دفع ضرر الجوار اليه اشار في المبسوط والايضاح **قوله** لانه اي الاتصال
بالشركه في كل جزء وبعده اي بعد الاتصال بالشركه لانه لم يكن في كل جزء من المبيع الذي هو المقصود
بل في مرافقه وتوابعه فكان دون الاول فتاخر عنه ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة عندنا خلافا
للشافعي يصلح مرجحا اذ الترجيح يقع بما لا يكون عليه الاستحقاق كما في الاخ لاب وام مع الاخ لاب اذ
العصوبة لا يثبت مع قرابة الام **قوله** ووجه الظاهر اي ظاهر الروايه ان السبب وهو
الاتصال تقرر في حق الكل ولهذا قلنا يجب للجار ان يطلب الشفعه مع الشريك اذا علم بالبيع حتى يتمكن من
الاخذ اذا سلم الشريك حتى لو لم يطلب بعد علمه بالبيع لا حق له بعد تسليم الشريك الشفعه ذكره في المبسوط
قوله من دين المرض اي الذي غير معروفة الاسباب او معروفه الاسباب المرض مع دين الصحة سوا
وقد مر في الاقرار **قوله** او جدار معين منها اي من الدار اي الجدار مع ارضه مقدم على الجار والمنزل
صورته ارض بينهما غير مقسومة فبنيا حايطا في وسطها ثم اقتسما الباقي فيكون الحايط وما تحته مشترك
بينهما فكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع فيكون مقدما على الشريك اما لو اقتسما الارض قبل بنا الحايط
وخطا خطا في وسطها ثم اعطى كل واحد شيا حتى بنيا حايطا فكل واحد صار لصاحبه في الارض شريك

في البنا لا غير لا يوجب الشفعه كذا في الذخيره والمغني وكذا على الجار في بقيه الدار يعني الشريك مع
ارضه مقدم على الجار في بقيه الدار في الذخيره والمغني ذكره القدوري ان الشريك في الارض
التي تحت الحايط يستحق الشفعه في كل المبيع عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف فيكون مقدما على
الجار في كل المبيع وفي روايه عن ابي يوسف يستحق الشفعة في الحايط بحكم الشركه وفي الباقي بحكم الجوار
فيكون ذلك مع جار آخر فيهما **قوله** لا يجري فيه السفن قال عبد الواحد اراد السفن الصغير
مثل الزورق حتى لو كان نهرا كبيرا يجري فيه الزورق فالجار احق لان هولا ليس بشركا في الشرب ذكره في
المبسوط وفي الذخيره النهر الكبير من يشرب منه الا يحصون واختلفوا في حد ما لا يحصى وما يحصى قيل
ما لا يحصى خمسماية وقيل اربعون وقيل ماية وقيل اصح ما قيل انه مفوض الى راي كل مجتهد في زمانه ان
رآهم كثيرا كان كثيرا والا كان صغيرا القراح من الارض كل قطعه ليس فيها شجر ولا شايبه سبخ وقد جمع على
اقرحه كمكان وامكنه كذا في المغرب وهي اي السكه الصغيره النافذه مستطيله فبيعت دار في السفلى اي
في المنشعبه فلاهلها اي لاهل المنشعبة لا لاهل العليا لانه لا شركه لهم فيها ولا حق المرور ولهذا ليس
لهم ان يفتحوا ابوابها فيها وكانت كالمملوكه لاهلها وقد مرت صورته في مسايل شتى من كتاب القضا **قوله**
ولاهل السكتين لان اهل السفلى حق المرور فيها **قوله** هو على قياس الطريق يعني لو بيع ارض
متصله بالنهر الاصغر فالشفعه لاهله لا لاهل الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبه مع السكه المستطيله
كذا ذكره في الذخيره **قوله** والشريك في الخشبه يكون على حايط الدار وبالفارسية يقال سر سبح
تاويله اذا كان حق وضع الخشبه على الحايط من غير ان يملك شيا من رقبه الحايط لانه اذا كان كذلك فله
حق السفل لا غير فكان جارا لا شريكا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركه في العقار
قوله وقال الشافعي هي اي الشفعه على مقادير الانصبا وهو قول منه وفي شرح الوجيز وهو
الاصح وبه قال مالك واحمد في المشهور منه وقال الشافعي في قول واحمد في رواية فالشفعة على عدد
الرؤس كقولنا واختاره المزني وابن عقيل من اصحاب احمد وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وابن ابي
ليلى وابن شبرمه صورة المسلة دار بين ثلاثه لاحدهم نصفها ولاخر سدسها ولاخر ثلثها فباع صاحب
النصف نصيبه فالشفعة بينهما اثلاثا عند الشافعي بقدر ملكهما ولو باع صاحب السدس كان بينهما
اخماسا عنده ولو باع صاحب الثلث كان بينهما ارباعا عنده وعندنا بينهما انصافا في الكل **قوله**
من مرافق الملك اي فوايده لانه يستفاد به فيكون على قدر الملك كالولد واللبن في الثمره والربح
والغلة في الملك المشترك ويشكل على هذا ثلاث مسايل احدها ما لو اعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك
بين ثلاثه على التفاوت كالمعتقان اذا كانا موسرين يغرمان نصيب الثالث بالسويه والثانيه لو مات مالك
الدار عن ابنين ثم مات احدهما وله ابنان ثم باع احد الابنين نصيبه فالاخ والعم في الشفعه سوا مع تفاوت
حصصهما والثالثه اذا مات الشفيع قبل ان ياخذ لورثه الشفيع ان ياخذوا ما كان ياخذه ابوهم على
العدد امراته وابنه في ذلك سوا وهذه المسايل رجح المزني القول الثاني وهو قولنا فاجابوا عن
مسلة العتق بانه على القولين ولو سلم انه قول واحد فالفرق ان ذلك ضمان اتلاف لا فايده ملك حتى
يتقدر بقدره وفيه ضعف وعن المسله الثانيه ان للشافعي قولان في القديم وبه قال مالك الاخ يختص
بالشفعة لان ملكه اقرب الى ملك الاخ وفي الجديد وقول ابي حنيفه واحمد والمزني ان العم والاخ يشتركان
نظرا للملك لا الى سبب الملك لان الضرر المحوج الى اثبات الشفعه لا يختلف وفيه ضعف كما ترى وعن
الثالثه ان فيها قولين وعلى قول الاستوا ان الاصل الاستحقاق باعتبار الارث وفي هذا لا يختلف
كذا في شرح الوجيز وفي الكل ضعف كما ترى **قوله** وهذا انه كمال السبب لانه علم ان نفس

الملك علة نامة لا قدره **قوله** والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته اي بكثرة الدليل كما في
الشهود وكثرة الجراحات وكثرة الاقيسة ولا قوة اي لم يظهر الترجيح في مسئلتنا اذ لو ظهر
لكان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا لا يبطل حق صاحب القليل فعرفنا انه لا ترجيح في جانبه اليه
اشار في المبسوط فان قال الشافعي لا يلزمني ذلك لجواز ان يكون العلة الواحدة مثبتة لكمال الحكم ولكن
عند الانضمام مع اخرى ثبت استحقاق احدهما اكثر عما ثبت عند الانفراد كما في الرجالة في الغنيمة اذا
انفردوا استحقوا الغنيمة وكذا الفرسان اذا انفردوا ويستحقون الكل ايضا وعند الاجتماع يقسم
على التفاوت وكذا لو مات وترك بنتا واختا او اما فللبنت النصف والباقي للاخت او للاخ
بحق العصوبة اما لو ترك بنتا واخا واختا كان النصف بينهما اثلاثا فكذا ههنا وكذا لو كان
الحائط المائل مشتركا بين اثنين اثلاثا فاشهد عليهما ثم سقط واصاب مالا او نفسا فالضمان
عليهما اثلاثا بقدر الملك فيجب ان يكون الشفعة كذلك قلنا تفضيل الفارس ثبت شرعا بخلاف
القياس مع ان الفرس بانفراده لا يصلح علة للاستحقاق فيصلح مرجحا اما في مسئلتنا ملك كل جزء
علة تامة للاستحقاق فلا يصلح مرجحا واما مسئلة الميراث فليس نظيرنا لان نصيب الاخ والاخت
عند الانضمام باعتبار ان الشرع جعل عصوبة الانثى بالذكر علة لاستحقاق نصف ما للذكر
لتفاوتهما في نفس العلة لا ان العلة مرجحة بعلة اخرى اذ العصوبة بالاخ غير المعصوبة بالبنت
فاذا جاءت العصوبة بالاخ زالت العصوبة بالبنت والعصوبة بالاخ متفاوتة شرعا فلم يكن من
قبيل ترجيح العلة بالعلة واما مسئلة الحائط فقلنا ان مات بجرح الحائط فالضمان عليهما نصفان
لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما اثلاثا لان التساوي في العلة لم يوجد اذ
ثقل [نصيب] صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير وكان هذا راجعا الى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة
والشفعة ليست من ثمرات الملك لان تملك ملك غيره لا يكون من ثمرات ملكه لانه يحصل باختياره
والثمرة تحصل بدون اختياره اليه اشار في المبسوط والاسرار والايضاح **قوله** في الكل على
عددهم عندنا وعند الائمة الثلاثة على قدر ملكهم اما ان يريد ان ياخذ حصته دون حصة الغائب
ليس له ذلك باجماع العلماء لان في ذلك تفريق الصفقة والاضرار بالمشتري في تنقيص الملك عليه وهذا
الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لاحدهما ثم سلم احدهما نصيبه لم يجز للاخر ان ياخذ
الجميع لانه لما قضى بالدار بينهما بالشفعة صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى
به لصاحبه فبطل حق شفعته فيما قضى لصاحبه ضرورة وهكذا اذا قضى للخليط ثم سلم الشفعة لم
يكن للشريك في المرافق ان ياخذ بالشفعة لبطلان حقه الضعيف بالقضاء وكذا لو قضى للشريك في المرافق
ثم سلم لم يكن للجار ان ياخذ لما ذكرنا ذكره في المبسوط **قوله** لان الغائب لعله لا يطلب وحق
الحاضر ثابت في كل الدار بصفة التاكد لان تاكد الشفعة بالطلب وقد وجد وحق الغائب لم يتاكد
وكان مشكوكا فيه فلا يؤخر الحق المتاكد لاجله وفي المبسوط والذخيرة شفيعان احدهما حاضر والاخر
غائب وقضي للحاضر بكل الدار فللغائب ان ياخذ نصفه ولو جعل بعض الشفعاء لاخر لم يصح الجعل
وسقط حقه وقسمت على عدد من بقي وان قال الذي قضى له بالشفعة للاخر انا اسلم لك الكل فاما
ان تاخذ الكل او تدع فليس له ذلك وللثاني ان ياخذ النصف ولو كان الحاضر لم يحضرها بالشفعة
ولكن اشتراها من المشتري بحضرة الغائب ان شاء اخذ كلها بالبيع الاول او بالبيع الثاني لان الحاضر
اسقط حقه بالاقدام على الشراء وخرج من البين ولو كان المشتري الاول شفيعا ايضا فاشتراها شفيع
حاضر ايضا منه بحضرة الغائب ان شاء اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ الكل بالبيع الثاني

لان المشتري الاول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضا عنه بخلاف ما اذا كان هو شفيعا في البيع
الاول فلا يكون للغائب بالبيع الاول الا النصف اما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع الحاضر حق
الشفعة بسبب البيع الاول وقد اسقطه بالاقدام على الشراء فللغائب ان ياخذ كله بالبيع الثاني
قوله والشفعة تجب بالعقد معناه بعده الى اخره وفي النهاية هذا التاويل والتعليل
مخالف لعامة رواية الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرها لما انها صرح بان سبب وجوبها
البيع والشراء وفساد تاويل الكتاب ظاهر لما ان سبب ثبوتها لو كان الاتصال ينبغي ان لو سلم الشفعة
قبل البيع تبطل شفعته ولم تبطل بالاولى وقد صرح في المبسوط انه اسقاط قبل السبب قيل في جوابه
هذا لا يلزم على الشيخ لانه قال يثبت بعده وانكر سببه الاتصال قبل وجود الشرط وهو العقد لان
الشرط يمنع السبب عندنا عن الانعقاد بالحال فتسليم الشفعة قبل العقد كتسليم الحنث في اليمين قبل
فلا يجوز لان العقد سبب و **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله استووا في سبب الاستحقاق وهو
الاتصال والبيع تعرفها اي رغبة البائع عنه **قوله** حق ضعيف يبطل بالاعراض قال صلى الله عليه
وسلم الشفعة كحل العقال ان قيد ثبت وهو كناية عن سرعة سقوطه **قوله** او قضاء القاضي في
الذخيرة للشفيع ان يمتنع من الاخذ وان بذل المشتري له حتى يقضي القاضي لان في القضاء زيادة فائدة وهي
معرفة القاضي بسبب ملكه وعلمه بمنزلة شهادة شاهدين وكان الاخذ بالقضاء احوط **قوله**
ويظهر فائدة هذا وهو توقف الملك في المشفوعة الى التراضي او القضاء بعد الطلبين والله اعلم

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قوله لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه **قوله** طلب المواثبة
سمي به تبركا بلفظ الحديث قال صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة
والمبادرة وهي مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب يسرع في طي الارض بمشيه وهواي
طلب المواثبة ان يطلبها كما علم سواء كان عنده احد او لا وفي شرح الاقطع وانما يفعل ذلك وان لم
يكن عنده احد لئلا يسقط حقه ديانة وفي المبسوط لكي يتمكن من الحلف اذا احلفه المشتري وفي المغني
لو علم البيع فسكت لا يبطل شفعته حتى يعلم المشتري او المتمم يترك هذا الطلب يبطل شفعته عندنا
والشافعي في الجديد واحمد على المنصوص منه وابن شبرمة والبتي والاوزاعي والعنبري وعن احمد في رواية
الشفعة على التراخي فلا تسقط ما لم يوجد منه دليل على الرضا بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمة
وهو قول مالك والشافعي في قول وابن ابي ليلى والثوري الا ان مالكا قال يسقط بمضي سنة وعنه بمضي
مدة يعلم انه تارك لها وعنه بمضي اربعة اشهر لان الشفعة حق ثابت فلم يسقط بالتاخر كحق القصاص
ولا ضرر له في تراخيه ولا عدم النفع للمشتري لانه يستغل المبيع ولو احدث فيه عمارة من غراس وبناء فله
قيمته وقدر ابن ابي ليلى والثوري ان الخيار مقدر بثلاثة ايام وهو احد اقوال الشافعي لان الثلاث
صلحت حد المدة خيار الشرط فصلحت لهذا الخيار ايضا لان الشفيع يحتاج الى النظر والتامل انه ينتفع
بجوار هذا المشتري فلا يطلب الشفعة او يتضرر فيطلب فصار كخيار الشرط ولنا ما روى السلماني
عن ابيه عن عمر انه صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال وفي رواية كنشط العقال ان قيد ثبتت
وان تركت فاللوم على من تركها وروى الفقهاء في كتبهم انه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة لمن واثبها
ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولا السكوت عن الطلب بعد
العلم بالعقد دليل الرضى بمجاورة المشتري ودليل الرضى كصريحه اذ لو جعل سكوته دليل الرضا
ليتضرر المشتري على تقدير التصرف فيه اعتمادا على سكوته كذا في المبسوط **قوله**

وهو روايه عن محمد وفي المحيط وهي روايه مشهورة صحيحه وعليه عامه المشايخ وبه قال الشافعي
في الاصح واحمد في المنصوص **قوله** كما في المخيره فان لها الخيار مادامت في مجلسها والجامع
حاجه الراي والتامل ولان الشرع اوجب له حق التملك بدل ولو اوجب البايع له ذلك بايجاب البيع
كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولو قال بعد ما بلغه الخبر الحمد لله اي على روايه
الكرخي لو قال بعد البيع الحمد لله الى اخره يعني هذه الالفاظ لا تدل على الاعراض لان الاول حمد
على الخلاص من سوء جوار البايع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعه والثاني لعجب منه لقصد اضراره
والثالث لافتتاح كلامه كما هو عرف بعض الناس فانهم يفتتحون كلامهم بسبحان الله وكذا اذا قال لمن
ابتاعها وبكم بيعت فليس باعراض لانه قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد يصلح له بثمن دون ثمن
فكان التعرف عن هذا تحقيقا للطلب لا اعراضا **قوله** والاشهاد فيه اي في طلب المواثبه ليس
بلازم لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة
حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه انه طلبها كما سمع وفي الذخيره وانما ذكر اصحابنا الاشهاد
عند الطلب لا لانه شرط صحة هذا الطلب بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند انكاره الطلب كما قالوا
اذا وهب لابنه الصغير واشهد على ذلك فما ذكروا الاشهاد لصحة الهبة بل لاثباتها عند انكار الاب
وكما ذكروا الاشهاد في الحايط المايل على طريق الاحتياط لا لانه شرط صحة التفريع **قوله**
لان الاعتبار للمعنى اذ في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن امر خاص مستقبل حتى
قال الفضلي اذا سمع الرستاقي ارض بجنب ارض وقال شفعه سفعة كان ذلك منه طلبا
كذا في الذخيره وفي المغني قيل لو قال طلبت الشفعه واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا
في الابتدا فصار كالسكوت والصحيح انه طلب ولا يبطل به الشفعة لانها كالانشا عرفا كما في بعت
واشتريت وفي المحيط ولو قال طلبت الشفعه واطلبها بطلت شفعته وكذا لو قال الشفعة لي
اطلبها تبطل ولو قال للمشتري انا شفيعك واخذ الدار منك تبطل شفعته ولو كان المشتري واقفا مع
ابيه فسلم قبل الطلب ان سلم على الاب تبطل وان سلم على الابن لا ولو قال المشتري بالفارسية شفعت
خواهم بطلت شفعته ولو قال للمشتري بارك الله في صفقتك او دعى له بالمغفرة بعد السلام
عليه قبل الطلب تبطل سفعته وقال الشافعي لا تبطل لان ذلك من تتمة السلام وقلنا كلام بلا ضرورة
ولا عرف فيه فتبطل شفعته وفي فتاوى قاضي خان لو ادركت الصغيره وثبت لها خيار البلوغ والشفعه
فلو قدمت احدهما يبطل الاخر فالحيله ان يقول طلبت حقين في الشفعة والخيار وكذا لو زعم الشفيع ان
رقبه الدار المبيعة له ويخاف انه لو ادعى رقبتها تبطل شفعته لان مالك الدار لا يكون شفيعا وان
ادعى الشفعه لا يمكنه دعوى الدار بعده قالوا الحيله ان يقول هذه الدار لي وانا ادعي رقبتها فان وصلت
اليها والا فانا على شفعتي فيها لان هذه الجملة كلام واحد فلم يتحقق منه السكوت عن طلب الشفعة
قوله وواحد عدل عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه والمستور كالعدل
عند ابي حنيفه وزفر واحمد في روايه والمراة في ذلك كالرجل والحر كالعبد وبه قال احمد والشافعي
فيه وجهان احدهما كقولنا والثاني لا يسقط بخبر المراة والعبد كما في خبر الفاسق والصبي وبه قال
القاضي الحنبلي وهذا الخلاف فيما اذا لم يصدق الشفيع المخبر اما لو صدقه فسكت تبطل شفعته بخبر
كل مخبر مميز **قوله** فيما تقدم اي في اخر فصل القضا بالمواريث واراد باخواته المولى اذا اخبر
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر **قوله** بخلاف المخيره يعني اذا اخبر المراة ان
زوجها خيرها مخبر مميز صارت مخيره عند ابي حنيفه رحمه الله سوا كان المخبر عدلا او لا حتى لو اختارت

نفسها في مجلس الخبر يقع الطلاق والا فلا ولا يشترط في المخبر شطري الشهادة لانه ليس فيه اي خيار المخيرة
الزام حكم بل هو ابقا ما كان على ما كان وفي حق الشفيع الزام حيث يلزمه ضرر سوء الجوار وفي بعض النسخ
اما في الشفعة الزام الكف عن طلب الشفعة عند السكوت وهذه النسخة غير مشهورة وبخلاف ما
اذا اخبره المشتري اي لا يشترط عند احد في المشتري احد شطري الشهادة **قوله** انكار المبيع
في يده اي في يد البايع اما اذا لم يكن في يده ذكر القدوري والناطفي لا يصح الطلب منه لانه لم يبق له
يد ولا ملك فصار كالاجنبي وذكر الامام احمد الطواوسي والشيخ الامام خواهر زاده صح استحسانا
لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري **قوله** او على المبتاع اي على المشتري
سوا كانت الدار في يده او لا لان الملك له ويأخذ الشفعه منه عند العقار لتعلق الحق به فاذا فعل
ذلك استقرت شفعته ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته
دفعا للضرر عن المشتري لانه ربما تصرف فيها على تقدير انه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقض
تصرفاته في الدار فيتضرر ثم اذا اخر لعذر بان علم في الليل فاخره الى الصبح او اقيمت الصلاة
او خاف فوت الصلاة فاخره لا تسقط وبه قال الشافعي واحمد وفي المحيط لو صلى بعد الظهر ركعتين
لا تبطل شفعته ولو صلى اكثر تبطل ولو صلى بعد الجمعة اربعا لا تبطل ولو صلى اكثر من اربع تبطل وكذا
لو شرع في الاربع قبل الظهر فاتمها اربعا لا تبطل وفي مبسوط شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب
الاشهاد بعد طلب المواثبه اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشرا حال غيبة المشتري
او البايع او الدار اما اذا سمع الشرا عند حضره احد هولا وطلب المواثبه واشهد على ذلك فذلك
يكفيه ويقوم مقام الطلبين فلو ترك الاقرب من هذه الثلاثه وقصد الابعد فان كانوا جملة في مصر
واحد فالقياس ان تبطل شفعته وفي الاستحسان لا تبطل لان نواحي المصر كناحية واحدة حكما اما لو كان
احد الثلاثه في المصر والاخران في مصر اخر او في رستاق فقصد الابعد وترك الاقرب بطلت شفعته
استحسانا وقياسا لانها لم تجعلا كمكان واحد حكما **قوله** وهو روايه عن ابي يوسف اي قول ابي
حنيفة وبه قال الشافعي واحمد وقول محمد رواية عن ابي يوسف ايضا **قوله** معناه اذا تركها
من غير عذر وفي الذخيرة والمغني لو ترك المرافعة الى القاضي بعد الطلبين لعذر مرض وحبس او
عدم قدرته على التوكيل بالطلب لم تبطل شفعته بالاجماع اما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل
عند ابي حنيفة وبه قالت الايمة الثلاثه وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وابي يوسف في
رواية اذا طالت المدة تبطل وهو قول زفر واختلفت الرواية عنهما في طول المدة وفي رواية
مقدر بثلاثة ايام وفي روايه اخرى مقدر بشهر وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف قال شيخ
الاسلام وقاضي خان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة الفتوى على هذا فكان ما اختاره في
الكتاب بان الفتوى على قول ابي حنيفة خلافا لرواية هذه الكتب وفي الذخيرة والمغني لو ترك المرافعة
خوفا ان القاضي يبطل شفعته بانه لا يرى الشفعه على الجوار فهو على شفعته **قوله** على ما مر
في الايمان اي في مسئلة ليقضين حقه عاجلا **قوله** وما ذكر اي محمد من الضرر بما اذا كان
اي الشفيع غايبا اي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين ان يكون الشفيع حاضرا او غايبا ثم لم
يعتبر ضرورة في الشفيع الغايب حيث لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق فيجب ان لا يبطل فيما
اذا كان الشفيع حاضرا وفي الذخيرة لو كان الشفيع غايبا ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل
على قدر المسير الى المشتري او البايع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد ولو قدم المصر وتغيب المشتري
وطلب طلب الاشهاد على البايع او عند الدار ثم ترك طلب التمليك لا تبطل شفعته وان طال ذلك بلا

خلاف لان ذلك ترك بعذر اذ لا يمكنه اتباع المشتري لاجل الخصومة لانه كلما مر اليه المشتري
ليأخذ منه هرب المشتري الى مصر اخر ثم الشفعة تجب للغايب عند جمهور العلما الا عند النخعي
والعكلي والبتي حيث قالوا لا شفعة للغايب لان في اثباته ضررا بالمشتري حيث لا يستقر على تصرف
في ملكه على حسب اختياره خوفا من اخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي وللجمهور عموم
الاحاديث وما ذكرنا من ان ضرر الشفيع فوق ضرر المشتري **قوله** لا تبطل شفعته بالتاخير
بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا وقال الشافعي تبطل لان الاخذ بالشفعة لا يفتقر الى حكم الحاكم عندهما
لانه حق ثبت بالاجماع والنص فلا يفتقر الى الحكم كالرد بالعيب وقلنا هو نقل الملك عن مالكه الى
غيره قهرا فيحتاج الى الحكم **قوله** واذا تقدم الشفيع الى اخره هذا هو طلب الخصومة الذي
وعد بقوله وسنذكر كيفيته من بعد **قوله** لان اليد ظاهر محتمل فيحتمل انه يد ملك وغير ذلك
المحتمل لا يصلح ان يكون حجة عندي وقال زفر وابو يوسف في رواية يستحق بظاهر اليد اذ اليد دليل
ولهذا حل للشاهد ان يشهد بالملك بمجرد اليد **قوله** يسال القاضي المدعي اي مدعي الشفعة
قبل ان يقبل الى اخره من موضع الدار اي الدار المشفوعة وحدودها لان العقار يعرف بالحدود
وموضعه فيشترط بيانه ليكون الدعوى في المعلوم اذ الدعوى في المجهول لا تصح ثم بعد ذلك
يساله القاضي ان المشتري قبضها ام لا اذ لا تصح الدعوى على المشتري اذا لم يقبض الدار ما لم
يحضر البايع لان اليد للبايع فاذا ذكر القبض ينبغي ان يساله باي سبب يدعي الشفعة لاختلاف اسباب
الشفعة لينظر القاضي ان ما زعمه هل هو سبب فان على قول شريح تثبت الشفعة للجار المقابل ولينظر
بعد ان يكون سببا هل هو محجوب بغيره ام لا ويساله القاضي بعد ذلك متى علمت بالشرا وكيف صنعت حين
اخبرت بالشرا فانما احتاج الى الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد
الخبر وانما يساله عن وقت الخبر لينظر القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت الاخبار الى وقت المرافعة
لان المدة اذا تطاولت لا يلتفت القاضي الى دعواه عند ابي يوسف ومحمد وعليه الفتوى عند الاكثر
ثم يساله عن طلب المواثبة فلو قال طلبت من غير لبث يساله عن طلب الاشهاد هل طلبه طلب الاشهاد
بلا لبث وتقصير فان بين ذلك ساله ان الذي طلب بحضرته هل هو كان اقرب من غيره فاذا بين فقد
صح دعواه فبعد ذلك يسال المدعى عليه عن ملكه الذي يشفع به فان اعترف به حكم والا كلفه
اقامة البينة كما بينا الكل من الذخيره هذا الذي ذكرنا من الذخيره مما احال بيانه على الكتاب الموسوم
بالمحيط والمزيد وكلاهما اسم كتاب واحد للمصنف في الفتاوى وقال فيه ينبغي ان يقول انما اطلب
الشفعة بدار اشتريتها من فلان التي احد حدودها كذا والثاني والثالث والرابع لان الدار انما
تصير معلومة بذكر الحدود وبين حدود الدار المشتراة ايضا لان الدعوى انما تصح بعد اعلام المدعا
به والاعلام بذكر الحدود **قوله** فيحلف على العلم وفي الذخيره هذا على قول ابي يوسف
لانه استحق الشفعة بمجرد اليد عنده اما عند محمد فيحلف على البتات لانه يدعي عليه استحقاق
الشفعة كما ذكرنا بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشرا او غيره وهناك يحلف على
البتات فكذا ههنا **قوله** وقد ذكرنا الاختلاف اي من فصل كيفية اليمين والاستحلاف
في الدعوى في قوله وهذا قول ابي حنيفه ومحمد اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على
السبب الى اخره **قوله** وهذا رواية ظاهر الاصل وبه قالت الايمة الثلاثه وابن شبرمه
الا عند الشافعي وابن شبرمه ينتظر ثلاثة ايام فان احضر والا فسخ عليه وعند مالك واحمد
ينتظر يوما او يومين والا يفسخ عليه **قوله** فيتوى مال المشتري فقد قال صلى الله عليه وسلم

لا توى على مال امرئ مسلم ووجه ظاهر الرواية انه لا يلزمه عليه اي لا يمن للمشتري على الشفيع
قبل القضا فلا يتمكن المشتري من مطالبته فكيف يجب احضاره وفي شرح الطحاوي لا ينبغي للقاضي
ان يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن اما لو قضى ينفذ قضاوه ووجب عليه الثمن ويحبس المشتري المبيع
حتى يحضر الشفيع ولو قال الشفيع ليس عندي الثمن احضره اليوم وغدا او ما اشبه ذلك فالقاضي
لا يلتفت الى ذلك ويبطل حقه في الشفعه ثم قال والفرق بين البايع والمشتري وبين الشفيع والمشتري
فان المشتري في البيع لو ما طل لا يبطل الشرا وههنا يبطل ان البايع ازال ملكه قبل وصول الثمن
اليه فقد اضر بنفسه عن اختياره فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر باثبات ولاية
الحبس فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملكه عن نفسه باختياره ليقال اضر بنفسه قبل وصول الثمن
اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه
عن وجه لا يضر غيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا قال الشفيع ليس عندي الثمن
او قال احضره غدا كذا في الذخيره **قوله** لا تبطل شفعته وفي الكافي عند محمد لانها اي الشفعة
تاكدت بالخصومة عند القاضي وبالقضا للشفيع ايضا **قوله** وهي يد مستحقة يعني لا يتمكن
المشتري من ابطاله كرها **قوله** فلا بد من حضورهما اي حضور البايع والمشتري اذ الشفيع
يريد استحقاق الملك واليد ولان اخذه من يد البايع يوجب انفساخ البيع بين البايع والمشتري
وذا لا يتم الا بحضور من المشتري فيشترط حضورهما ثم الاخذ من يد البايع يجوز عندنا والشافعي
في وجه واحمد وقال الشافعي في قول واحمد في رواية يجبر الحاكم المشتري حتى يقبضه من يد البايع
فياخذ الشفيع من يده لان الشفيع يشتري المبيع من المشتري فلا ياخذ من غيره والعهدة على المشتري
بكل حال عند الشافعي ومالك واحمد وعند ابن ابي ليلى والبتي على البايع بكل حال وعندنا ان اخذه
من يد البايع فالعهدة اليه وان اخذه من يد المشتري فالعهدة عليه وفي الذخيره والايضاح فان
اخذها من يد البايع فالعهدة عليه لان بالاخذ من يد البايع ينفسخ العقد الذي جرى بين البايع والمشتري
ويقع التملك على البايع هو المذهب عندنا ثم قال وقيل معنى انتقاض البيع بين البايع والمشتري
الانتقاض في حق الاضافة اليه فان قول البايع للمشتري بعت هذه الدار اثبات للبيع و **قوله**
منك اضافة فاذا اخذها الشفيع صار ذلك البيع مضافا الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشتري
وانتقضت الاضافة الى المشتري مثاله في المحسوس من رمى سهما الى رجل فتقدم عليه غيره واصاب السهم
فالرمي في نفسه لم ينقطع ولكن التوجه الى الاول انقطع فتحلل هذا الثاني يخرج الاول من ان يكون مقصودا
بالرمي **فان قيل** يلزم على هذا ما ذكر في شفعة الجامع الكبير ان المشتري لو اشترى دارا قد
راها قبل الشرا فليس له خيار الرؤية فلو اخذها الشفيع ثبت له خياره ولو كان الاخذ بطريق التحول
لما ثبت للشفيع كالموكل اذا ملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقه فانه لا يثبت له خيار الرد به
اذا لم يثبت للوكيل وكذا لو اشترى الدار وبرئ البايع من كل عيب ولم يقبضها المشتري ثم اخذها الشفيع
من يد البايع فله ان يردها بالعيب ولو كان الاخذ بطريق التحول من المشتري لما ثبت للشفيع
الرد **قلنا** يتحول الى الشفيع من المشتري بتجديد عقد بينهما عند عامة المشايخ اسند الا كما ذكرنا
من المسئلتين وعند بعض المشايخ يتحول من غير تجديد عقد بين المشتري والشفيع واجابوا عن هاتين المسئلتين
ان مقتضى العقد سلامة المعقود عليه من العيب والبراءة عنه ثبت بشرط المشتري فالشرط وجد في
حق المشتري لا في حق الشفيع وكذا المشتري راى عيبا بالدار عند الشرا وقبله ولم يرها الشفيع كان له
ان يردها بالعيب وخيار الرؤية لان عدم الرد بالعيب وخيار الرؤيه بعارض من المشتري ولم يوجد

ذلك العارض من الشفيع والاصل هو السلامة كذا في الجامع الكبير للامام المعروف بصدر حميد واما
مسلة الوكيل فان الموكل اقام الوكيل مقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضررًا
مرضيا بتوكيله فلم يمكن الرد بخلاف الشفيع **قوله** اشارة الى علة اخرى يعني اشتراط حضور
المشتري معلول بعلتين احدهما ان يصير مقضيا عليه في حق الملك لانه مالك ملهذا لان الملك
للمشتري واليد للبايع فلابد من حضوره وثانيهما ان يصير مقضيا عليه في حق الفسخ كما ذكر ههنا
فلابد من حضوره اذا القضا على الغايب لايجوز **قوله** هذا الفسخ المذكور وهو قوله فينفسخ
البيع بمشهد منه اي ينفسخ البيع اي عند فسخ القاضي في حق الاضافة يعني يكون البيع مضافا الى الشفيع
بعد ان كان مضافا الى المشتري كما ذكرنا من رواية الذخيرة والايضاح لامتناع قبض المشتري
المبيع بسبب الاخذ بالشفعة فصار المبيع هلك قبل قبض المشتري وذلك يوجب انفساخ العقد
و**قوله** بقي اصل البيع الى اخره يعني ينفسخ في حق المشتري لا البايع لانه لو انفسخ البيع في
حقهما من كل وجه صار كان البيع لم يكن اصلا لان الانفساخ من كل وجه عبارة عنه فحينئذ يبطل حق
الشفعة اذ الشفعة انما تجب بالبيع فاحتاج الشيخ الى هذا الاستثنا لذلك ويمكن ان يكون ما طول
في كفاية المنتهى ما نقلنا من الذخيرة مع السوال والجواب **قوله** على ما عرف اي في باب
الوكالة ان بيع الوكيل والموكل بيع حكما فتسليمه اي تسليم الوكيل الى الموكل كتسليم البايع الى المشتري
فتصير الخصومة اليه و**قوله** الا انه جواب سوال مقدر وهو ان يقال لو كان الوكيل
والموكل كالبايع والمشتري ينبغي ان يشترط حضورهما كما شرط ثم قال انه نايب عن الموكل فلا يشترط
حضور الموكل لما ان حضور نايبه كحضوره بخلاف البايع والمشتري فانه لا يكتفى بحضور البايع حتى
يحضر المشتري لان البايع ليس بنايب عن المشتري لانه عاقد اي لان الوكيل عاقد ولا يشترط حضور الغا
لحضور نايبه كما ذكرنا **قوله** وصيا لميت اي يكون الخصم للشفيع هو الوصي يعني اذا كانت الورثة
صغارا وقيد فيما يجوز بيعه لان بيع الوصي وشراه يجوز بالغبن اليسير لا الفاحش وكذا لو كانت الورثة
كلها كبارا لا يجوز بيع الوصي اذا لم يكن على الميت دين فكان قوله فيما يجوز بيعه احترازا عن هذين
البيعين وعند الايمة الثلاثة في مسلة الوكيل ياخذ من يد الموكل لان حقوق ا[illegible] يرجع اليه عندهم
ومسله وكيل الغايب للشافعي وجهان احدهما مثل قولنا وهو قول احمد لانه اي المشتري ليس بنايب
عن الشفيع فلا يملك اسقاطه اي اسقاط الخيار الثابت للشفيع كما ذكرنا

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسايل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في بيان اختلافهما
اذ الاصل هو الاتفاق **قوله** في الثمن وفي المبسوط والكافي والدار مقبوضة فالقول قول
المشتري اي مع يمينه وبه قالت الايمة الثلاثة الا اشهب المالكي قال ان اتى المشتري بما يشبه فالقول
له بلا يمين والا مع اليمين **قوله** فالمشتري لانه عليه اي على الشفيع شيا لانه لم يجب له على
الشفيع شي حتى يحلف الشفيع لتخيره اي لتخيير الشفيع اذ المدعي هو الذي لو ترك ترك والمختص بهذه الصفة
هو الشفيع لا المشتري ولا نص ههنا انما النص في البايع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين
هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لان المشتري لا يدعي عليه شيا
فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص وان كان الشفيع والمشتري بمنزلة البايع والمشتري فلذلك لم يجب
التحالف **قوله** فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشريف الحنبلي وقال الشافعي
واحمد تعارضت البينتان وتساقطا والقول للمشتري مع يمينه ويحتمل ان يقرع بينهما لانهما تنازعا
في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما **قوله** والمشتري من العدواي

كبينة المشتري من العبد والعبد الماسور مع المالك القديم في ثمن العبد فبينة المشتري اولى لانها اكثر
اكثر اثباتا وكذا هذا **قوله** لما انه لاتنافي بين بينة الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع لانه يجوز ان
يشتري مرتين مرة بالف ومرة بالفين فامكن تصديق البينتين فيثبت البيعان في حق الشفيع فياخذ بايهما شا بخلاف
البايع مع المشتري لان العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثاني لا يتصور الا بانفساخ الاول في حقهما فصرنا الى الترجيح
بالزيادة وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع فيجمع بين البينتين ولا يصار الى الترجيح كما لو اختلف العبد مع
المولى فقال العبد قلت ان اديت الفا فانت حر وقال المولى قلت ان اديت الفين وبرهنا فيجمع بينهما
اذ لا منافاة بينهما فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى فيعتق العبد باداهما شا **قوله** على ما
روي عن محمد روى ابن سماعة ان بينة الموكل اولى وجه الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري
وقد بينا العذر فيه **قوله** ذكر في السير الكبير الى اخره ولم يذكر فيه قول ابي يوسف لما بينهما
من الوحشة حين صنف السير وبعد التسليم العمل بالبينتين غير ممكن لان الشرا الثاني فاسخ للاول فصرنا
الى الترجيح وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسله حكاها محمد والطريقة الثانية حكاها ابو يوسف
وهي قوله في الكتاب ولان بينة الشفيع الى اخره وانما قلنا ان بينة الشفيع ملزمة لانه اذا قبلت
بينته وجب على المشتري تسليم الدار شا او ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شي
ولكنه يتخير بين الاخذ بالشفعة وبين الترك وبه فارق بينة البايع مع المشتري والوكيل مع الموكل
لان كل واحد منهما [illegible] فرجحنا بالزيادة وفي مسلة المشتري من العدو يقول على هذه الطريقة
البينة بينة المالك القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة **قوله** اخذها الشفيع
بما قال البايع سوا كانت الدار في يد البايع او في يد المشتري **قوله** ولو ادعى البايع الاكثر اي
اكثر مما قاله المشتري او الشفيع فانه وضع المسله في المبسوط والذخيرة في اختلاف هولا بان
قال الشفيع الثمن الف وقال المشتري الفان وقال البايع ثلاثة الاف واقاما البينة فالبينة بينة
البايع لانها تثبت الزيادة وياخذ الشفيع بما قاله البايع وقال الشافعي واحمد ياخذ بما قال المشتري
لانه مقر باستحقاق الشفيع بالالف ويزعم ان بينة البايع كاذبة ويأخذ البايع الالف الاخرى من
المشتري لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو اختلفوا في مقداره فان كان ما قاله البايع اكثر مما
قالا فالبايع مع المشتري يتحالفان الى اخر ما ذكر في الكتاب **قوله** لان فسخ البيع لا يوجب
بطلان حق الشفيع خصوصا على قول العامة فان من ضرورة الاخذ بالشفعة فسخ البيع الذي جرى بين
البايع والمشتري على ما ذكرناه من رواية الجامع الكبير فكان الفسخ مقررا حق الشفيع لا رافعا
ولان حقه ثبت بطلبه عند سماع البيع وقد وقع لازما فلا يرتفع بفسخ المتبايعين بعد ذلك لان
حق الشفيع منفصل عن حقهما **قوله** لانه اي البايع لما بدا بالاقرار تعلقت الشفعة به اي
بالاقرار بالبيع فبقوله اي بقول البايع قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع اي حقه الذي يتعلق بالبيع
بما قال البايع من مقدار الثمن لانه لو تحقق استيفا الثمن كان البايع اجنبيا من هذا البيع فلما وقع تسليم
الدار الى المشتري واستيفا الثمن من البايع كان البايع اجنبيا فلا يسمع قول الاجنبي في مقدار الثمن
فكذا قول البايع ولو قال قبضت الثمن الى اخره يعني لما بدا بالاقرار بالاستيفا لا يصح منه بيان مقدار
الثمن بعد ذلك لانه لم يبق داخلا في هذا العقد بل صار كالاجنبي فلا يصح منه بيان مقدار الثمن كالاجنبي
بخلاف ما لو بدا بالاقرار بالبيع فان حق الشفيع يتعلق باقراره كما ذكرنا وبعد ذلك قوله قبضت الثمن
يبطل ذلك الحق كما ذكرنا اليه اشار في الذخيرة والايضاح وفي الايضاح روى الحسن عن ابي حنيفة ان
المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع فيرجع

فصل في ما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل شرع في بيان ما يوجد به وهو التبع لانه ثمن والثمن تبيع الى قوله **قوله** يسقط ذلك اي بعض الثمن المحطوط عن الشفيع وقال الشافعي واحمد لا يحط عن الشفيع لان ذلك هبة هبة مبتداة لا تلتحق باصل العقد كما في حط الكل واختلف اصحاب ملك فقال ابن القاسم ان كان ما حط مما جرت به العادة يلحق باصل العقد ولا يحط عن الشفيع وقال اشهب يلحق الحط على الاطلاق من غير تفصيل و**قوله** وقد بيناه في البيوع اي في فصل من اشترى شيئا مما ينقل من قوله ان حط البعض يلحق باصل العقد ويخرج المحطوط من ان يكون ثمنا وحط الكل لا يلتحق لانه يصير العقد بلا ثمن **قوله** اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض والمراد بالعرض ما يكون من ذوات القيم كالثياب والحيوان والعبيد لا العرض من ذوات الامثال كالحنطة وغيرها وذكر في المبسوط العبد مكان العرض وبه قال عامة اهل العلم وحكي عن الحسن البصري وسوار القاضي انهما قالا لا تجب الشفعة ههنا لانها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الاخذ فلم تثبت كما لو جهل الثمن ولان القيمة بالحزر والظن وذلك يمنع من استحقاق الشفعة وفي المبسوط قال اهل المدينة ياخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض لان المبيع مضمون بنفسه عند تعذر ايجاب المسمى كما في البيع الفاسد وقلنا انه احد نوعي الثمن فيثبت به كالمثلي ولان القيمة مثل من حيث المعنى فلم يتعذر اخذه ثم تعتبر قيمته يوم الشرا وبه قال الشافعي واحمد وحكي عن ملك انه تعتبر قيمته يوم المحاكمة وقال ابن سريج من اصحاب الشافعي تعتبر قيمته حين استقرار العقد بانقضاء الخيار اذا كان فيه خيار وبه قال احمد لانه وقت الاستحقاق وقلنا وقت الاستحقاق وقت الشرا وفي المبسوط لو مات العبد قبل ان يقبضه البايع ينتقض الشرا لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه من وجه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع ان ياخذها بقيمة العبد وقال زفر لا ياخذها بالشفعة لان العقد قد انتقض من الاصل بهلاك العبد قبل التسليم وقلنا بدل الدار في الحقيقة قيمة العبد وهو قادر على اخذها بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك العبد الا انفساخ بين البايع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع كما في خلاف استحقاق العبد فانه يتبين به ان اصل البيع لم يكن صحيحا وان حقيقته لم يثبت **قوله** واذا باع بثمن موجل اي باجل معلوم مراده بالاجل المجهول يصير البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد كذا في الذخيرة وللشفيع الخيار ان شا اخذها بالثمن الحال وان شا صبر وبه قال الشافعي في الصحيح وقال ملك واحمد بالثمن الموجل وبه قال الشافعي في قول وزفر واختاره ابو حامد من اصحاب الشافعي **قوله** والاخذ بالشفعة به اي بالثمن لا بعينه العقد اذ الاجل يثبت بشرط المشتري ورضا البايع ولا شرط بين الشفيع والبايع او المبتاع اي المشتري فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وليس الرضى اي بالاجل في حق المشتري رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم اي الغنا مصدر ملؤ الرجل بالضم ملاة والملي الغني المقتدر **قوله** ولا غير اي باعه بوليه و**قوله** لما بينا من قبل اراد به قوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى اخره **قوله** وان اختاره اي الشفيع الانتظار للمشتري ولكن على الشفيع ان يطلب الشفعة في الحال عندهما خلافا لابي يوسف روي ان ملك عنه انه كان يقول كقولهما ثم رجع وقال ياخذ عند حلول الاجل وان لم يطلبه في الحال فابو يوسف يقول الطلب غير مقصود بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه ولا فايدة في طلبه ولا اعراضه عن الاخذ وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة ثبت في الحال بدليل انه لو اخذه بثمن حال كان له ذلك فالسكوت عن الطلب يبطل شفعته

كذا في المبسوط **قوله** اذا اشترى ذمي بخمر او خنزير الى اخره **اعلم** ان الشفعة تجب للذمي بلا خلاف للعلما وهل يثبت للكافر على مسلم فيه خلاف قال احمد والحسن والشعبي لا شفعة له على مسلم لما روى الدارقطني باسناده عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا شفعة لنصراني وعندنا والشافعي وملك والثوري والنخعي والعنبري وشريح وعمر بن عبد العزيز الشفعة لعموم قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل للشريك ان يبيع حتى يستاذن شريكه وان باعه ولم يوذنه فهو احق به ولعموم ما جا في الشفعة ولانه خيار ثابت لدفع الضرر فيستوي فيه المسلم والكافر كالرد وحديث انس ليس على عمومه فانه يثبت له اذا كان شريكه نصرانيا بالاجماع مع انه غير مشهور ثم قيد شراه بالخمر والخنزير احترازا عما اشتراه بالميتة فالبيع باطل ولا شفعة فيه وقيد بالذمي احترازا عن المرتد فان المرتد لو كان شفيعه مرتدا لا شفعة له سوا قتل في ردته او لحق بدار الحرب ومبنى شفعته على صحة تصرفه وقد مر فيه الخلاف فكل من صحح تصرفه يقول بشفعته وكل من يقول بعدم صحته لا يقول بشفعته وبعد لحوقه بدار الحرب لا ياخذ بالشفعة وارثه لان الشفعة لا تورث عندنا واحمد خلافا للشافعي وملك اذا مات بعد الطلب اما الحربي المستامن في حق الشفعة له وعليه في دار الاسلام كالذمي لانه من المعاملات وقد التزم حكم المعاملات ثم اذا اجرى التبايع بين ذميين بخمر او خنزير واخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا فعندنا يحكم بالشفعة وبه قال ابو الخطاب الحنبلي وقال الشافعي واحمد لا يحكم بالشفعة لانه بيع عقد بخمر وخنزير فصار كبيعهم بالميتة فلا يحكم بالشفعة واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يجعلهما مالا وفي المغني اشترى الذمي من ذمي كنيسة او بيعة فللشفيع الشفعة اذا كان من ديانتهم ان الملك لا يزول بجعله بيعة او كنيسة والحربي المستامن في حق الشفعة كالذمي لالتزامه احكام المعاملات فلو اشترى الحربي دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه لان لحاقه كموته وموت المشتري لا يبطل الشفعة ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم اسلم اهل الدار لا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من احكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد وكل حكم لا يفتقر الى القضا كصحة البيع والشراء والاستيلاد ونفاذ العتق ووجوب الصلاة والصوم يحكم في حق من اسلم في دار الحرب بثبوته **قوله** اما الخنزير فظاهر لانه من ذوات القيم ووجوب القيمة في ذوات القيم امر ظاهر ولا يقال ايجاب قيمة الخنزير كايجاب الخنزير على المسلم وذلك غير جايز وهذا لان للقيمة في ذوات القيم حكم العين ولهذا اذا مر الذمي على العاشر بالخنزير لا ياخذ العاشر من قيمة الخنزير شيا وقدمر في الزكاة لان للقيمة حكم العين لانا نقول قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا ابطال حق العبد لم يعمل بهذه الشبهة بل نعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا ابطال حق الغير وفي مسئلتنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر وفي المبسوط طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او الى من تاب من فسقة المسلمين فلو وقع الاختلاف في ذلك فالقول للمشتري كما لو اختلف الشفيع والمشتري مقدار الثمن **قوله** بعد انقطاعه اي انقطاع الرطب عن ايدي الناس وفي المبسوط ولو اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة والدار مقبوضة او غير مقبوضة ينتقض البيع بينهما لفوات القبض المستحق ولكن لا يبطل في حق الشفيع لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاوه ليس بشرط لبقا الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم انتقض البيع ولم يبطل حق الشفيع

فصل

مسايل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع وكان فرعا على غير المعتبر واذا ذكرها بعد المسايل المبنية على عدم التغير **قوله**

وقيمة البنا والغرس اي مقلوعين وان شا كلف المشتري قلعه ولا يضمن ما نقص بالقلع وبه قال
الثوري وحماد بن سليمان وعند الشافعي ومالك وابن ابي ليلى والشعبي والاوزاعي والبتي وسوار
واسحق والليث يضمن له ما نقص بالقلع لعموم قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
ولانه بنى في ملكه الذي يملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الارض مع الاضرار لان له ان لا يرضى بضرر الدار
الجار ولكن ليس له ان يضره بنقض بنايه وبه قال الشافعي اي بالتخيير وهذا قول من الشافعي و
ذكرنا قوله المذكور في كتبهم **قوله** قيمة البنا والغرس اي قايمين على الارض غير مقلوعين وبين
ان يترك كذا في شرح الطحاوي **قوله** كالموهوب له يعني ان الموهوب له اذا بنى ليس للواهب
ان يقلع بناه ويرجع في الارض لانه بناه في ملكه وكذا المشتري شرا فاسدا اذا بنى وغرس **قوله**
وكما اذا زرع المشتري يعني الشفيع لا يكلفه قلع الزراعة بالاتفاق وهذا اي القول بعدم ايجاب القلع
ووجوب قيمة البنا والغرس والاخذ بها دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى يعني اجتمع ههنا ضرران
احدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن على الشفيع في الاخذ مع قيمة البنا والثاني ضرر على
المشتري وهو ضرر قلع بنايه من غير شي كما قاله ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ثم الضرر الذي يلزم الشفيع
في الاخذ مع قيمة الاخذ اهون من ضرر المشتري لانه يدخل في ملكه بمقابلة الزيادة عوض وهو البنا
والغرس وفي القول بالقلع من غير شي يبطل ملك المشتري بلا عوض فكان ضرر الشفيع اهون وكان القول
به اولى اليه اشار في المبسوط **قوله** تعلق به اي بالمحل **قوله** من غير تسليط من جهة من له
الحق احترازا عن بنا الموهوب له وعن بنا المشتري شرا فاسدا حيث لا ينقض لان بناهما بتسليط من جهة
من له الحق وههنا الشفيع ما سلطه على البنا وهذا لان حقه اي حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدمه
اي لتقدم حق الشفيع على حق المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وتسليمه واجارته وجعله مسجدا او مقبرة
وجعل ذلك كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض فكذا تصرفه بنا وغرسا لانه تصرف بالشفيع من
حيث انه يلزمه زيادة في الثمن ولم يرض به **قوله** عند ابي حنيفة قد يصلان عندهما يسترد بعد
البنا في البيع الفاسد كالشفيع ومسالة استرداد البايع في الفاسد بعد البنا من المسايل التي خطا فيها
ابو يوسف محمدا في حفظ الرواية وقد مر في البيع الفاسد ولان حق الاسترداد فيهما اي في الهبة
والبيع الفاسد ضعيف وهذا الحق اي حق الشفيع يبقى اي بعد البنا وهذا الحق قوي يبقى بعده
فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق وهذا جواب عن قول ابي يوسف ان الشفيع ياخذها
بالثمن وقيمة البنا فقال لا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لتاكد حقه كما لا يجب على المستحق قيمة
بنا المشتري بقيمة البنا على البايع لانه مغرور من جهته فكذا ههنا لا يرجع على الشفيع لانه غير مغرور
من جهته واما الجواب عن قوله في ايجاب القيمة دفع اعلى الضررين بالادنى فلان الترجيح بعد
المساواة في اصل الحق ولا مساواة ههنا لتقدم حق الشفيع وربما لا يوافقه لو احتاج فيحتاج الى
قلعه فيلزمه ضرر زايد كذا في المبسوط **فان قيل** لو صبغ الشفيع المشفوعة ثم اخذها
الشفيع ان شا اعطاه ما زاد فيها وان شا ترك والمسالة في العيون فما الفرق بين البنا والصبغ **قلنا**
قيل هو ايضا على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرق محمد وقال البنا اذا انتقض لا يلحق المشتري
كثير ضرر لانه يسلم له النقض ولا كذلك اذا انتقض الصبغ اليه اشار في الذخيرة **قوله** ويبقى بالاجر
بالاتفاق كما في الاجارة وبه قال بعض اصحاب الشافعي وعن ابي يوسف انه يبقى بلا اجر لان المشتري
مالك الارض وايجاب الاجر على المالك غير مستقيم وبه قال احمد وبعض الشافعية وقلنا في
ايجاب اجر المثل رعاية للحقين كما في الاجارة لانه مجبور عليه يعني البايع سلامة المبيع عن الاستحقاق

فصار المشتري مغرورا من جهته ولا غرور في حق الشفيع لانه يملك على صاحب اليد جبرا بغير اختيار
فيه فلا يرجع ولان البايع سلط المشتري بايجاب البيع على البنا والماخوذ منه الشفعة لم يسلط الشفيع
على البنا بل هو يجبر على التسليم الى الشفيع فلا يرجع بقيمته عليه كجارية اسرها الكفار واحرزوها
بدار ثم اخذها المسلمون فوقعت في سهم غاز اخذها المالك القديم بالقيمة واستولدها فجا
مستحق واقام بينة انها امته دبرها قبل الاسر ردت عليه لانها لا تملك بالاحراز ويضمن المالك
القديم العقر وقيمة الولد ويرجع على الغازي بقيمتها التي دفع اليها لانه دفعها اليه لتسليم
الجارية ولم يسلم ولا يرجع عليه بقيمة الولد والعقر لان الماخوذ منه مجبر على الدفع فلا يصير غارا
وكذا لو قسمت بين اثنين فبنى احدهما ثم استحقت حصته لا يرجع عليه بقيمة البنا لان كل واحد منهما
يجبر على القسمة بخلاف الدار فانهما لو اقتسماها وبنى احدهما في دار نصيبه ثم استحقت فانه يرجع
على شريكه بنصف قيمة البنا لانه بمنزلة البيع كذا في الايضاح والمبسوط **قوله** فلا يقابلهما اي
اي البنا والغرس وفي بعض النسخ فلا يقابله اي كل واحد من البنا والغرس لانه تابع او التابع وبه قال
الشافعي في قول واحد في رواية وهو رواية المزني عنه وهو الاصح وقال الشافعي واحمد والعنبري
والثوري ياخذه بالحصة وهو رواية البويطي والزعفراني والربيع عنه واصله ان الثمن بمقابلة الاصل
دون الاوصاف عندنا وعنده في قول يقابلها شي من الثمن وقد مر في البيوع وهذا لان قوام البنا
بالارض كقوام الوصف بالموصوف ولهذا كان له ان يبيعه مرابحة بكل الثمن عندنا وعنده يمنع من
ذلك **قوله** بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بالحصة للاختلاف والتقييد
بالنصف لا لاخراج غيره لان الحكم في الثلث وغيره كذا ذكره في المبسوط الا ان المصنف اتبع وضع المبسوط
قوله فللشفيع ان ياخذ الارض بحصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة البنا وعلى قيمة الارض
وليس للشفيع ان ياخذ النقض اي المنقوض لانه منقول وانما ياخذه قبل النقض بعلة التبعية وقد
زالت التبعية ولم يذكر في الكتاب حكم ما اذا هدمه اجنبي وفي المبسوط سوا لكن يسلم قيمة البنا
للمشتري لان سلامة بدل البنا للمشتري بمنزلة سلامة البنا كما هدمه بنفسه واخذ النقض والنقض بضم
النون وكسرها وعن الثوري بالكسر لا غير وفي القياس لا ياخذه وبه قال احمد والشافعي فهو للمشتري
يبقى الى الجداد كالزرع وكذا الثمر المحدثة في يد المشتري كان له ويبقى الى الجداد كالزرع عندهما وهو
ملك كقولنا **قوله** وما كان مركبا فيه اي في المشفوع كالابواب والسرر المركبة **قوله** في
ولد المبيع يعني اذا ولدت المبيعة قبل قبض المشتري يسري حكم البيع اليه فيكون ملك المشتري كامه
قوله قال في الكتاب اي القدوري فان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته وهذا جواب
الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع ارضا على نخلها ثمر والفصل الثاني اذا ابتاعها وليس في النخيل
ثمر فاثمر ياخذه بجميع الثمن فاستوى الثمر الى اخره وهذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف في
قوله الاول ياخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني لان حال المشتري مع الشفيع كحاله مع البايع
ولهذا يتناول الثمار الحادثة حتى لا يبيعها مرابحة بلا بيان كالثمار الموجودة فكذا في حق الشفيع
وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه ابو يوسف انه لا حصة له من الثمن لانه لم يرد عليه
العقد ولا القبض الذي له شبهة العقد ففواتها لا يوجب سقوط شي من الثمن اما لو كانت موجودة
في يد المشتري كان يضمه الى الاصل وبيع الكل مرابحة فاذا تناول ذلك لا يبيعها مرابحة بلا بيان الا
ان يكون انفق عليه مثلما اكل اما الثمار الموجودة وقت العقد اذا جدها المشتري فلها حصة من الثمن
ولا حق للشفيع فيها بعد الجداد ويطرح حصتها من الثمن عن الشفيع كذا في المبسوط وفي الايضاح ولو

اثمرت في يد البايع بعد البيع قبل القبض فاتلفه البايع يرفع حصته لان ما حدث قبل القبض له حصة
من الثمن على اعتبار صيرورتها مقصودا بالقبض او بالاتلاف وعند الشافعي واحمد يرفع حصته
الثمن في جميع الصور

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة بعد ذكر نفس الشفعة مجملا اذ التفصيل يحتاج الى سبق ذكر الاجمال العقار
كل مال له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا ينقسم ثم عند الشافعي ومالك واحمد في رواية لا شفعة
فيما لا ينقسم كالحمام والرحى والنهر والبير والطريق وعندنا والثوري ومالك في رواية واحمد
في رواية وابن شريح من اصحاب الشافعي تجب ولو كان البير واسعة يمكن ان يبنى فيها ويجعل
بيرين والحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين او يمكن جعل كل بيت بيتين او الطاحونة كثيرة يجعل
طاحونتين لكل واحد حجران تجب الشفعة فيها عند الشافعي على الاصح وبه قال احمد وان لم يكن
كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الاصح كذا في شرح الوجيز للشافعي
قوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة في فنا ولا طريق ولا منقبة والمنقبة الطريق الضيق رواه
ابو الخطاب وعن عثمان انه قال لا شفعة في بير ولا نحل ولان الشفعة تدفع ضرر مؤنة القسمة وفيما
لم يقسم لا يتحقق فيه هذا المعنى ولان النص جا بالشفعة في العقار والبير غير العقار ولا يمكن التعدية
من محل الوفاق من غير حصر هذا الضرر فلا يمكن التعدية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل
شي الحديث رواه ابو جابر الربع الدار والرحا اي بيت الرحا مع الرحا والحايط البستان ولان
الحمام لو كان مهدوما فباع احدهما نصيبه تجب الشفعة فكذا اذا كان غير مهدوم كالسقف من
الدار ثم الشفعة في الرحا والحمام ما كان متصلا بهما كالبنا ولا ياخذ القصاع لانها غير متصلة كذا في
المبسوط وقدر الحمام يدخل تبعا بلا ذكر الحقوق فياخذ الشفيع وحديث ابي الخطاب غير معروف
وحديث عثمان يمكن ان يكون مذهبه انه ... وقد بينا ان الشفعة لدفع ضرر سوء الجوار وهذا يشمل
الكل **قوله** وهو اي هذا الحديث حجة على مالك فانه قال في رواية ان الشفعة تثبت في السفن
من المنقولات فقط وقال في رواية تثبت الشفعة في جميع المنقولات كالحيوان والثياب والسفن ونحوها
وعن احمد في رواية تجب الشفعة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك وعنه
في رواية اخرى انها تثبت في البنا والغراس وان بيع منفردا وهو قول مالك لعموم قوله صلى الله
عليه وسلم الشفعة في كل شي **قوله** عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لا ينقسم ولان الشفعة
وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة ولنا الحديث المذكور في المتن ولان الشفعة الى اخره
قوله حسب بسكون السين وفتحها المقدار يعني الملك في المنقول لا يدوم كما يدوم في العقار لا
لا يشترى عادة للبيع بل لمصلحة المعاش بخلاف المنقول فلا يلحق بالعقار **قوله** فكان نقلنا اي البنا
والنخل والشفعة في الاراضي الذي يملك رقابها حتى لو باع الامام الاراضي التي جارها لبيت المال
ويدفع الى الناس مزارعة فصار لهم فيها بنا واشجار فلو بيعت هذه الاراضي فبيعها باطل وبيع البنا والشجر
يجوز ولكن لا شفعة فيها وكذا لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا ياخذها المتولي
وكذا اذا كانت هذه الدار وقفا على رجل فلا يكون للموقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار كذا في
الذخيرة والمغني ولا يلزم على هذا استحقاق العبد الماذون والمكاتب الشفعة ولا ملك لهما في رقبة الدار
لان استحقاقهما التصرف بالبيع والشرا قام مقام ملك الرقبة كما قال ابو حنيفة رحمه الله بالشفعة
للمشتري الذي له الخيار اذا بيعت دار بجنب تلك الدار المشتراة مع انه لا يقول له بالملك وعند
الايمة الثلاثة لا شفعة بشركة الوقف وان كان الموقوف عليه معينا وفي المشتري الذي له الخيار تثبت

له الشفعة

له الشفعة كما يجي **قوله** بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة اي يوخذ بالشفعة لو بيع العلو فكان لذلك
العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق اولى من صاحب الدار التي عليها العلو
لما ان الشريك في الطريق مقدم على الجار ولو سلم صاحب الطريق وللعلو جار ملازق اخذها بالشفعة
مع صاحب السفل لاستوائهما في الجوار ويستحق به اي بالعلو الشفعة في السفل بالجوار وليس بشريك
اذا لم يكن طريق العلو في السفل كذا في الايضاح **قوله** اذا لم يكن طريقه فيه اي في السفل
لبيان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة لا لنفي الشفعة اذا كان له طريق في
السفل ياخذ الشفعة بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار ويكون مقدما على الجار الملازق كذا
في الايضاح ولم يكن نظير البنا والنخل **قوله** والمسلم والذمي في الشفعة سوا وبه قال مالك
والشافعي واكثر اهل العلم وقال احمد وابن ابي ليلى والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز لا شفعة للكافر
على مسلم لما روى الدارقطني باسناده عن انس انه صلى الله عليه وسلم قال لا شفعة لنصراني ولان
الشفعة لدفع الضرر ولا يجوز دفع ضرر الكافر بالحاق الضرر على المسلم ولان هذا رفق شرعي فلا يستحقه
منكر الشريعة ولنا عمومات الاحاديث ولا يعارض لعموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا
لان المراد نفي السبيل حكما لا حقيقة ونفي السبيل بالاسترقاق مراد بالاجماع فلا يراد غيره لان المقتضي
لا عموم له كذا قيل وفيه نوع تامل ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشرا فيستوي فيه المسلم والكافر
كخيار العيب لان الذمي التزم احكامنا في المعاملات وكان الضرر مدفوعا عنه وقد قضى شريح بالشفعة
للذمي فامضاه عمر واما حديث الدارقطني فغريب وما ثبت صحته **قوله** والصغير والكبير وفي
المبسوط قال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير يروى هذا عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه
الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو
لا يملك الاخذ ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستاجر وللعامة العمومات ولان
سبب الاستحقاق الشركة والجوار فيستوي فيه الصغير والكبير والصغير يحتاج الى الاخذ لدفع الضرر
في ثاني الحال وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال والولي يملك الاخذ كالرد بالعيب نظرا له وانما
لا يملك العفو لان فيه اسقاط حقه وفيه ضرر له وفي المبسوط يثبت حق الشفعة للحمل الذي لم يولد
لان الحمل من اهل الملك بالارث فيتحقق سبب الاستحقاق في حقه حتى لو وضعت الحبلى حملها وقد
ثبت نسبه شارك الورثة في الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لاكثر من ستة اشهر لانا لما حكمنا بثبوت
نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فصار كما لو كان احد الشركا
غايبا ثم حضر له ان يشاركهم في الشفعة ويأخذ حصته وكذا لو كان من اهل البدع له الشفعة عند
عامة العلما كالفاسق بالاعمال وعن احمد لا شفعة لغلاة الروافض الذين يحكم بكفرهم لانه لا شفعة
لكافر على مسلم **قوله** اذا كان ماذونا يعني يستحق الشفعة العبد الماذون اذا كان بايع الدار
غير المولى بلا خلاف واذا كان البايع مولى العبد ياخذ بالشفعة اذا كان عليه دين ذكره في المبسوط
وقياس قول الايمة الثلاثة لا ياخذ كما لو لم يكن عليه دين **قوله** واذا ملك العقار بعوض قيد
به لانه اذا ملك العقار بالهبة والصدقة والوصية والارث لا شفعة له عند عامة اهل العلم وهم
مالك والشافعي واحمد وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة او هبة فيه الشفعة وبه قال ابن ابي
ليلى ويأخذه الشفيع بقيمته لان الشفعة لدفع ضرر الشريك او الجار وهذا موجود في التمليك كيف
ما كان ولا الاقدام على الشرا دليل وبذله بدله ايضا دليل فاستراعه منه اعظم ضررا من اخذه ممن
لم يوخذ منه دليل الحاجة وهو الموهوب للعامة انه انتقل بغير عوض فاشبه الميراث ولان النص

ورد في البيع والهبة ليست في معناه فلا يلحق به وعند الشافعي يجب فيها اي في هذه الصور الشفعه
وبقوله قال ملك واحمد في رواية ابن حامد عنه وابن شبرمه وابن ابي ليلى والحارث العكلي ثم اختلفوا
بم ياخذ قال ملك وابن شبرمه وابن ابي ليلى ياخذ بقيمة الشقص لانا لوا وجبنا عليه مهر المثل لقومنا
البضع على الاجانب وقال الشافعي وابو حامد والعكلي ياخذ بالمهر في التزوج والخلع والمتعة فان
صالح على منفعتها لان البدل مما لا مثل له فياخذ بقيمة البدل وهي المهر وبقولنا قال احمد ظاهرا
والحسن والشعبي وابو ثور وابن المنذر **قوله** لان هذه الاعواض متقومة كالاعيان فاذا
فاذا جعلا لدلو عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فياخذ بقيمته وهو مهر
المثل كما لو اشترى بعبد **قوله** ويضاهيه كبدل الخلع والاجره وبدل الصلح وبدل العتق
وقلنا المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لان قيمة الشي ما يقوم
مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهو الماليه وهذا المعنى لا يتحقق بين المستحق بالنكاح وبين المال
غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطر المحل وصونا لهذا العقد عن التشبيه
بالاباحة على ما قرر في الاصول فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصه على خلاف القياس لمكان
الضروره فلا يظهر التقوم في حق الشفيع غيره وكذا الدم والعتق غير متقوم لان قيمة الشي ما
يقوم مقامه في المعنى الخاص المطلوب وهو معدوم فيهما وانما وجبت الدية صيانة للدم عن
الهدر والاعتاق ازالة المالية واسقاطها فاني يقوم المال مقامه **قوله** في كونه اي في كون
المفروض بعد العقد مقابلا بالبضع وفي النهاية والاولى في تعليل هذه المسئله ما ذكره في المبسوط
وهو ان الشفعة تختص بمعاوضة مال بمال مطلق والبضع ليس بمال فكان المملوك صداقا بمنزلة
الموهوب فلا يجب فيه الشفعة وهذا لان الشفيع انما يتملك بمثل السبب الذي يملك به المشترى
فان الشرع قدم الشفيع على المشترى في حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب اخر ولهذا لا
يجب الشفعة في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا اخر غير السبب الذي يملك به المتملك
فكذلك ههنا المراة ملكتها صداقا ولو اخذها الشفيع كان شراء فكان سببا اخر وانما قلنا هذا
لان الصفقة المضافة الى المشترى منتقل الى الشفيع عند الاخذ كما ذكرنا وقيل هذا في الحقيقه
ما ذكره في الكتاب **قوله** وقالا يجب في حصة الالف اي يقسم الدار على مهر مثلها والالف
درهم فما اصاب الالف يجب فيه الشفعه وبه قال احمد اعتبارا للبعض بالكل وهو اي ابو حنيفة
يقول البيع تبع للنكاح ههنا لان العقد حصل بلفظ النكاح ولو كان هذا اصلا لكان نكاحا في بيع
فيفسد البيع ولما جاز علمت انه تبع ولا شفعه في الاصل فكذا في البيع **قوله** لكونه اي الربح تابعا
لراس المال وليس في مقابله راس المال شفعة لان المضارب وكيل رب المال في البيع وكل من
بيع له لا يجب الشفعه له فكذا لا يجب في البيع وفي الايضاح والمغني فلو باع المضارب دارا من
المضاربة ورب المال شفيعها لا شفعة له سواء كان في الدار ربح اولا وهذا الخلاف قالوا اشترى
المضارب دارا ورب المال شفيعها حيث ياخذها رب المال وان وقع الشراء له ولكن في الحكم كانه
مال ثالث الا ترى انه لا ينفذ وان منعه من بيعه مكون ان ياخذه وذكر محمد في المسئلة الاولى وليس اذا
اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته الا ترى
ان رجلا رهن دارا وسلط العدل على بيعها عند حلول الاجل لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع ولو باعها
العدل والراهن شفيعها لا شفعة للراهن لان العدل وكيله مع ان الراهن لا يملك نهيه عن البيع
قوله فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعه ولا خلاف للائمة الثلاثه فيها **قوله** والصحيح ان

بصالح عنها مكان يصالح عليها لانه عطف في المختصر **قوله** او يصالح بانكار على الصور التي لا
شفعة فيها وهي التزوج والخلع والصلح والعتق فيقتضي ان لا شفعة فيها وليس كذلك لان الصلح
اذا وقع على الدار تثبت الشفعة كما ذكر في المتن ولو وقع في الصلح عنها لا تثبت لانه ذكر في الذخيره
وغيرها لو صالح على دار تثبت الشفعه سواء كان الصلح على انكار او سكوت او اقرار ولو صالح عن دعوى
دار او صالح عن اقرار تثبت ولو كان عن انكار او سكوت لا تثبت وعلل بما ذكر في المتن **قوله** في
جميع ذلك اي في الاحوال الثلاث لانه اي المدعي ياخذها اي الدار عوضا عن حقه في زعمه اي في
زعم المدعي اذا لم يكن اي العوض من جنس حقه قيد به لانه اذا كان من جنس حقه بان صالح على بيت
من دار فانه اخذ عين حقه فلا يكون معارضه وقد مر في الصلح فلا يجب الشفعة **قوله** ولا شفعة
في هبه وبه قال الشافعي واحمد خلافا لمالك وقد بينا خلافه و**قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف
الهبة الى اخره **قوله** ولا بد من القبض في العوضين وعند زفر تجب الشفعه في الهبة بشرط العوض قبل
التقابض وبه قال الشافعي واحمد وملك لان هذا بيع وثبت فيه احكام البيع وذكر العوض صرف
اللفظ عن مقتضاه **قوله** وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضه انتهاء اذا اتصل
القبض من الجانبين ثبت الشفعه فيها بخلاف ما اذا عوضه بلا شرط حيث لا تثبت الشفعه في العوضين لان
كل واحد هبة والهبة الثانيه اثرت في ابطال حق الرجوع لا ان يكون عوضا عن الموهوب كذا في الاوضح
والايضاح **قوله** وان سقط الخيار وجبت الشفعه ولا خلاف فيه و**قوله** في الصحيح احترازا عن قول
بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار
لان السبب انما يصير مفيدا لزوال ملكه عند سقوط الخيار والشفعه مبنيه على زوال ملك البايع **قوله**
لانه اي شرط خيار المشترى لا يمنع زوال ملك البايع الى اخره وبه قال احمد في وجه والشافعي في قول وهو
رواية المزني وفي شرح الوجيز وهذا هو الاصح عند عامة الاصحاب وقال احمد في ظاهر مذهبه والشافعي
في قول لا تثبت الشفعه الا بعد سقوط خيار المشترى كما في خيار البايع وهو روايه عن ابي حنيفه لان العقد
بعرضية الفسخ وهو قول ملك وفي الحلية واختاره ابو اسحق المروزي من اصحابنا وهو رواية الربيع
قوله والشفعة تبتني عليه اي على زوال الملك يعني اذا كان الخيار للمشترى يملك المبيع عند ابي يوسف
ومحمد وهو ظاهر وعند ابي حنيفه تبنى الشفعه على زوال ملك البايع و**قوله** على ما مر اشارة الى
قوله في اول باب الشفعه والشفعة تجب بالعقد الى قوله والوجه فيه انما تجب الشفعة اذا رغب
البايع عن ملك الدار الى اخره **قوله** واذا اخذها في الثلاث اي اذا اخذ الشفيع الشفعة في
مدة الخيار التي هي ثلاث وقيد بالثلاث لتكون على الاتفاق **قوله** وجب البيع اي تحقق وتقرر وتم
البيع الذي بين البايع والمشترى وانما ذكر هذا لان المشترى بخيار الشرط لو رد البيع بحكم الخيار قبل الاخذ
بالشفعة لم يتم البيع وينفسخ من الاصل بحيث لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعه لان هذا ليس باقالة
بل انفساخ من الاصل وكان السبب منعدما في حقه من الاصل اليه اشار في المبسوط **قوله** ولا
خيار للشفيع اي لا يثبت الخيار الذي كان للمشترى للشفيع وان كان فيه انتقال اضافة الصفقة من المشترى
الى الشفيع لما ان الخيار ثبت بالشرط والشرط كان للمشترى لا للشفيع وانما الانتقال في نفس البيع
لا شرطيه **قوله** والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين فانه اي فلمن له الخيار الاخذ بالشفعه **قوله**
بيعا بملكه اي ملك البايع فيها اذ خياره يمنع خروج ملكه فاذا اخذ بالشفعه فهذا نقض منه للبيع اذ
لو لم يجعل نقضا فاذا اجاز البيع بعد ذلك ملكها المشترى من وقت العقد حتى يستحق زوايدها فتبين
انه اخذ الشفعه بغير حق كذا في المبسوط **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع وقد كان البلخي يدعي

المناقضه على ابى حنيفه حيث قال اذا كان الخيار للمشترى لا يملك المبيع وهٰهنا يقول باخذ الشفعة
وهو مستلزم للملك فقال فى المبسوط عذره ان المشترى احق بها مع جواره فيكفى ذلك للشفعة
كالماذون والمكاتب وفى النهايه هذه الحواله غير رابحه فى حق الاشكال لانه غير جواب الاشكال
لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها الى اخره قبل ذكر
الاشكال بطريق النقض بقوله وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابى حنيفه خاصه فيكون الحواله
رابحه وقيل ذكر البيوع هذا الكتاب فيمكن ان يكون ذكره نوع كفايه المنتهى **قوله** لانعدام
ملكه اى ملك الشفيع الذى حضر فى الدار الاولى حين بيعت الثانيه لانه انما يملكها الآن فلا
يصير بها جارًا للدار او شريكا من وقت العقد وفى المبسوط الا ان يكون له دار اخرى بجنبها
قوله فلا شفعة فيها اى فى الدار المشتراه شرا فاسدًا ولا خلاف فيه للفقها وفى الذخيره هذا
اذا وقع البيع فاسدا فى الابتدا اما اذا وقع صحيحا ثم فسد بقى حق الشفعه كما لو اشترى النصرانى
دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فان البيع يفسد وللشفيع
ان ياخذها بالشفعة **قوله** فى الفاسد ممنوع عنه اى عن التصرف ولا خلاف فيه للفقها **فان
قيل** لم لا يجعل فى الاخذ بالشفعة اسقاط الفساد فى حق الشفيع كما اسقط الخيار الخيار
الثابت للمشترى فى حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار على ما مر ولو فعلنا كذلك لا يلزم
تقرير الفساد **قلنا** يلزم فساد اخر وهو جعل البيع بلا ثمن اذا كان الفساد لمعنى راجع الى العو
كجعل الخمر ثمنا اما الخيار لمعنى خارج من العوضين فانه للتامل والتروى فباسقاطه لا يلزم ذلك
ولهذا الا حسب للشفيع بعد الاخذ **قوله** فان سقط الفسخ ان كان سقط حق الفسخ للبايع فى البيع
الفاسد بالزيادة فى المبيع كالبنا والغرس عند ابى حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعه
اى ثبتت لزوال المانع وهو حق الفسخ للبايع كما لو كان فى البيع خيار البايع فسقط الخيار ثم للشفيع ان
ياخذها بالبيع الثانى بالثمن المذكور وان شا نقض البيع الثانى وياخذه بالبيع الاول بقيمتها لانه اجتمع
سببان فله ان ياخذ بايهما شا فان اخذ فى البيع الثانى اخذ بالثمن لان البيع الثانى صحيح فيملكها بالثمن
وان اخذ بالاول اخذها بالقيمه لان المبيع فى البيع الفاسد مضمون بالقيمه **فان قيل** اذا نقض
البيع الثانى يجب ان يعود حق الثانى فى الاسترداد وحينئذ لا تثبت الشفعه **قلنا** انتقاض البيع
الثانى مع صحته بحق الشفيع مقتضى للتملك بالشفعة فلا يجوز ان يكون مبطلا حق الشفيع لئلا
يعود على موضوعه بالنقض وبالبنا والغرس يسقط حق الفسخ للبايع عند ابى حنيفه خلافا لهما
وقد مر فى البيوع ثم اذا اخذها الشفيع بعد البنا والغرس عنده للشفيع ان ياخذ المشترى بهدم
البنا كما له فى البيع الصحيح ولا يلزم ان بعد هدم البنا يظهر حق البايع فى الفسخ فلا شفعة لانه
لما ظهر حقه اذا لم يتعلق به حق الغير وقد تعلق به حق الغير فصار كالبيع الصحيح وان اتخذها
المشترى مسجدا فعلى هذا الخلاف وقيل يسقط بحقه اجماعا **قوله** وهى اى الدار المسماه شرا
فاسدا فى يد البايع فله اى للبايع الشفعه لانه لم يخرج عن ملكه بالبيع الفاسد **قوله** لان الملك
له اى للمشترى ولا يقال فى هذا تقرير الفساد فى حق المشترى حيث اخذ المبيعة بالشفعة بالشرا
الفاسد وقد ثبت قبل هذا وفيه اى فى اثبات الشفعة تقرير الفساد لانا نقول لا يلزم تقرير الفساد
لان المشترى متمكن من الفسخ فيما اشتراه فاسدًا بعد اخذ المبيعة بالشفعة المبيعة بجنبها ولا فساد
فى التى اخذها بالشفعة اما لو قلنا بثبوت الشفعة فى المبيعة فاسدًا ينتقل الى الشفيع من المشترى
بوصف الفساد على ما ذكرنا وكان فيه تقرير الفساد **فان قيل** ينبغى ان يمنع حق استرداد

البايع فى الفاسد المشترى من الاخذ بالشفعة فى المبيعه بجنبها كما منع فى المشتراه شرا فاسدا وان ملكها
المشترى **قلنا** سبب وجوب الشفعه اما شركه او جوار وقد وجد هذا فى حق المشترى بالشرا
الفاسد بعد قبضها فثبت الشفعه وتعلق حق الغير بمعنى لا يمنع وجوب الشفعة للمالك كقيام
حق المرتهن فى الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها كذا فى المبسوط
مع انا بينا ان فى البيع الفاسد فى ثبوت الشفعه تقرير الفساد **قوله** ثم ان سلم اى المبيعة
بيعا فاسدًا قبل الحكم بالشفعه للبايع فى المبيعة بجنبها بطلت شفعته اى شفعة البايع كما لو
باعها بخلاف ما اذا سلم بعده اى بعد الحكم بالشفعة له وان استردها اى البايع المبيعة
بيعا فاسدًا بعد التانيه اى الدار الماخوذه بالشفعة لما بينا وهو ان بقا ملكه فى التى يشفع
بها بعد الحكم ليس بشرط **قوله** وان ردها بعيب بغير قضا قاض او تقايلا فللشفيع الشفعه
وبه قال ملك واحمد فى روايه فى المقايله وقال الشافعى كل فسخ حصل باى سبب كان لم يكن
للشفيع اخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد وبه قال احمد فى المشهور منه وزفر **قوله**
ومراده اى مراد القدورى من قوله ثم ردها المشترى بعيب بقضا قاض الرد بعد القبض لان
الرد قبل القبض فسخ وان كان بغير قضا على ما عرف اى فى البيوع **قوله** وفى الجامع وانما ذكر
لفظ الجامع وان كان تكرارا لانه يحتاج الى التفسير كما ترى فلا بد من ذكر لفظه ليلا يحتاج الى ذكر
اللفظين ومعناهما واحد **قوله** لانهما اى خيار الرويه وخيار الشرط وذكر الامام قاضيخان
خيار الرويه يثبت فى القسمة الا ان يكون التركه مكيلا او موزونا فاقتسموها فانه لا يثبت خيار
الرويه فى هذه القسمه لان القسمه لو ردت بخيار الرويه يحتاجون الى القسمة ثانيا فيقع فى نصيبه
عين ما وقع فى المره الاولى او مثله فلا يفيد خيار الرويه اما لو كانت التركة عقارا او ثيابا من ذوات
القيم فيفيد الخيار لانه ربما يقع فى المرة الثانيه فى نصيبه ما يوافقه فيفيد وفى الكافى وصحح شمس الائمة
السرخسى الروايه بالنقض ايضا وقال لا يثبت خيار الرويه فى القسمه سوا كانت بقضا او برضا وبه
اخذ بعض المشايخ

باب ما يبطل به الشفعة

اخر هذا الباب لان الابطال بعد الثبوت صوره او حقيقة فى الذخيره ثبوتها بعد البيع وبعد
ذلك بالتاخير يسقطه والاسقاط يعتمد الثبوت ثم الشفعه بترك الطلبين طلب المواثبه وطلب التقرير
وقد بينا الخلاف فيه **قوله** اذا ترك الاشهاد الى اخره **فان قيل** قد ذكر قبل هذا ان
طلب الاشهاد ليس بلازم وقد ذكر فى الذخيره ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد
عند هذا الطلب فى الكتب احتياطا لتمكن اثباته عند انكار المشترى فما وجه التفريع منها **قلنا**
يحتمل ان يراد بالاشهاد نفس طلب المواثبة لان طلب المواثبه لا ينفك عن الاشهاد فى حق علم القاضى سمي
الطلب اشهادا بدليل ما ذكره من التعليل فى حق ترك طلب المواثبه مثل ما ذكر من التعليل هٰهنا كذا
قيل **وقوله** فيما تقدم اشارة الى ما ذكره فى باب طلب الشفعه **قوله** وان صالح على عوض
بطلت شفعته ولا خلاف للائمه الثلاثه **قوله** ورد العوض وبه قال الشافعى واحمد وقال
ملك لا يرد العوض لانه ازاله ملك فجاز اخذ العوض عنه كتمليك امراة امرها وكالصلح
عن القصاص وقلنا حق الشفعه ليس بحق متقرر ولا ملك بل هو مجرد حق التملك فى المحل فلا يصح الاعتياض
عنه كخيار الشرط فيكون رشوة ولان حق الشفعة ثبت بخلاف القياس لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته فى حق
الاعتياض **قوله** ويتعلق اسقاطه اى اسقاطه حق الشفعة بالجائز من الشروط فبالفاسد وهو شرط
المال اولى بيانه انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتى فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت

لشرط
تسقط شفعته وان لم يسقط المشتري شفعته فيما اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعه لا تتعلق با
الجايز اد المعنى به ان يكون ملايما بالاسقاط واسقاط الشفعه بالعوض المالي شرط فاسد لانه غير ملايم
لانه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوه واذا لم يتعلق بالشرط وصح الاسقاط وفي جامع
قاضيخان الشرط الملايم شرط ليس فيه ذكر المال كما لو قال سلمت شفعتك على ان تعتقنيها او وليتنيها
او اخرتنيها او دفعتنيها مزارعه او معاملة وكذا باع شفعته من البايع او المشتري بمال سقط
الشفعة بالاتفاق ولا يلزمه المال و **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله ان حق الشفعه مجرد حق التمليك
فلا يصح الاعتياض عنه وفي المبسوط صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة اوجه منها ما صالحه على اخذ
نصف الدار بنصف الثمن ومنها ما صالحه على اخذ بيت من الدار بعينه بحصته من الثمن وفي هذين
الوجهين الصلح باطل وله ان ياخذ جميع الدار بعد ذلك لان مجرد الحق فلا يصح الاعتياض عنه لان حصته
مجهول ولم يوجد منه اعراض عن الاخذ بالشفعه فلم يصح تسليمه ايضا وفي الوجه الثالث وهو ما
اذا صالحه على مال فقد وجد الاعراض عن الشفعه فيصح تسليمه ولم يصح صلحه لما ذكرنا انه مجرد حق
التملك فيرد العوض وهكذا ذكر في المغني وفي المحيط لو طلب نصفها بالشفعه بطلت شفعته
في الكل عند محمد وبه قال احمد وبعض اصحاب الشافعي وقال ابو يوسف فيها لا يكون مسلما في
الكل وبه قال بعض اصحاب الشافعي وهو الاصح وفي المبسوط لا يصح بيع حق الشفعة لان البيع
تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج
زوجته من نفسها وفي الجامع الكبير لشمس الايمه ولا فرق في اسقاط الشفعه بين قوله سلمت الشفعة
وبين قوله للبايع سلمت لك بيع هذه الدار و **قوله** للمشتري سلمت لك شرا هذه الدار لان
معنى هذا الكلام لا اعترض لك على مقصودك في هذا العقد وذلك لا يكون الا بتسليم الشفعه
ودليل التسليم كصريحه واما لو قال لاجنبي سلمت لك شرا هذه الدار لم يكن تسليما للشفعة لان
الاجنبي غير مشتر ولا كان له مقصود في هذا العقد و **قوله** سلمت لك شراها تمليكا منه
وحق الشفعه لا يحتمل التمليك **قوله** بخلاف القصاص لانه حق متقرر في المحل فان نفس القاتل
كانت مباحة في حق من له القصاص ولهذا يتمكن من استيفايه بلا قضا ولا رضا وبالصلح يحدث
له العصمة في دمه فيجوز العوض بمقابلته وبخلاف الطلاق لان ملك النكاح متقرر في المحل
واله لان ملك العبد متقرر في المحل فيجوز الاعتياض عنه والكفالة بالنفس في هذا اي في اسقاطها
بعوض بمنزلة الشفعه في رواية الكفالة حتى يبرا الكفيل ولا يجب المال ويرد ان اخذ وهو الاصح
وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فشابه الحق في
المال من هذا الوجه فاذا لم يرض ببطلانه مجانا لم يبطل كذا في الايضاح وقيل هذه روايه في الشفعة
حتى لا يصح الاعتياض وتبطل الشفعة وقيل في الكفالة خاصة والفرق ان الشفعه تبطل بالاعراض
بخلاف الكفالة **قوله** اذا مات بعد البيع وبعد الطلبين قبل الاخذ بالقضا او تسليم المشتري
هكذا ذكره في شرح الطحاوي وقال الشافعي يورث وبه قال مالك واحمد الا ان احمد يقول اذا مات
قبل الطلبين لا يورث وبقولنا قال الحسن والشعبي والنخعي والثوري وابن سيرين للشافعي انه هذا
حق معتبر في الشرع فيورث عنه كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا ان مجرد حق التملك وهو ولاية
التملك ولا يبقى بعد موت صاحب الولاية فكيف يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص
صار كالمملوك لمن له القصاص حتى صح الاعتياض عنه ويبقى بعد الموت كالعين المملوك اما الدار
فلم تصر ملكا للشفيع ولهذا لا يصح الاعتياض عنه ولا يملكها الا بتمليك القاضي واحد العاقدين وكذا

حق الرد بالعيب لانه يطلب جزءا فايتا من المبيع وقد مر في البيوع وموت المشتري لا تبطل بلا خلاف
قوله ولم يشفع بسبب حقه اي حق المستحق وهو الشركة او الجوار **قوله** ولا يباع في دين
المشتري او وصيته اي حق مقدم عليهما لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فكان مقدما على حق
من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم او الموصى له حتى لو باعها القاضي او وصي المشتري في دين او
وصية للشفيع ان يبطل البيع وياخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي
حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان بيع القاضي اما لجهله بحق الشفيع او بنا على انه لا يطلبه فاذا طلبه
نقض بيعه لان هذا قضا بخلاف الاجماع فانهم اجمعوا ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا ينفذ
قضاوه ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجدا او مقبرة ينقض الشفيع ما صنع لتقدم حقه وبه قالت
الايمة الثلاثة وعن الحسن واحمد في روايه فيما وقفه المشتري او جعله مسجدا يبطل شفعة الشفيع
لان الشفعة انما تكون في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا ولان الوقف لا يحتمل
الفسخ كالعتق وقلنا حق الغير يمنع صيرورته مسجدا او وقفا لان المسجد ما اخلص لله تعالى ومع تعلق حق
الغير لا يخلص كذا في الايضاح **قوله** ولهذا لو ول به اي بالبيع وان لم يعلم المشتري بشرا المشفوعة
وبه قال الشافعي في وجه ومالك واحمد في روايه وقالوا في روايه لا يسقط لانه ثبت حقه بالبيع وما
وجد منه رضا بتركها لا صريحا ولا دلالة اذ البيع بعد العلم يدل على الرضا لا قبله وكذا لهم روايه
فيما اذا باعها بعد العلم بالبيع لثبوت حقه بالبيع والبيع لا يدل على اسقاط حقه لان بقا السبب بعد
ثبوت الحق لا يشترط وقلنا الاستحقاق بالشركة او بالجوار وقد زال قبل التملك فلا يتملك به سوا
علم بالبيع او لم يعلم وفي المبسوط عليه بحثه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له فكذا في
الدلالة عليه **فان قيل** يشكل بما اذا ساوم الشفيع المشتري او ساله ان يوليه اياه او يستاجر
منه فان ذلك تسليم الشفعة دلالة والعلم بالشفعة شرط فيها فينبغي ان لا يشترط كما في البيع **قلنا**
قال في المبسوط انما اشترط العلم في المساومة لان المساومة غير موضوعة لابطال الشفعه وسقط
الشفعة بها لما فيها من دليل الرضى من الشفيع ولا يتحقق الرضا الا بالعلم بخلاف التسليم صريحا او دلالة
لانه اسقاط وفي الاسقاط لا يشترط العلم كما في الطلاق وفي بيع الشفيع ما يشفع به اسقاط لما ان بقا
ما يشفع به شرط الى وقت القضا بالشفعة له **قوله** او ابرا اي رب الدين المديون والمديون لا
يعلم به فانه يصح الابرا لانه اسقاط كما لو سلم الشفعه صريحا وهو لا يعلم بشرا المشفوعة وبوجوب الشفعه
اما لو باع بعض داره شايعا فله الشفعه بما بقي وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه لانه يجوز ان
يستحق الشفعة بهذا القدر فاولى ان يبقى وكذا لو باع بعضه ان يقاسما فله الشفعة بما بقي بعضه مقسوما
ولذلك لا يلي المبيعة لان الجوار قايم وان كان مما يلي المبيعه بطلت شفعته لزوال الجار **قوله** والا
ان من باع وهو وكيل البايع او بيع له وهو الموكل فلا شفعة له وقال الشافعي واحمد له الشفعه سوا كان وكيل
البايع او وكيل المشتري لما ان حقوق العقد ترجع الى الموكل فالعمل لغيره لا يسقط حقه الثابت شرعا وقال
بعض الشافعيه والقاضي الحنبلي كمذهبنا وقال بعض الشافعيه ان كان وكيل المشتري سقط شفعته دون
وكيل البايع لان الملك عندهم ينتقل الى الوكيل في الشرا وكذا لو ضمن الشفيع الدرك من البايع سقط
شفعته عندنا وقال الشافعي لا يسقط وكذا لو باع وشرط الخيار لغير المشتري وهو الشفيع فاجاز الشفيع بطلت
شفعته عندنا خلافا للشافعي واحمد ولو اشترى الشفيع وهو وكيل المشتري اذا ابتيع له اي هو الموكل
في الشرا او شرط المشتري الخيار لغيره وهو الشفيع فاجاز الشفيع فله الشفعه بلا خلاف **قوله** ابتيع
له صورته اشترى المضارب بمال المضاربه ورب المال شفيعها ياخذها بالشفعة لانه اشترى له ذكره في شرح

الطحاوى للشافعى ان هذا سبب سبق وجوب الشفعه فلم يسقط الشفعه كالاذن فى البيع والعفو عن الشفعة
قبل تمام البيع وكوكيل المشترى والبيع لا يتوقف على الضمان وقلنا تمام البيع باجازته وكان كالبايع
وفى ضمان الدرك تقرير للبيع فكان كالبايع فنفى الاخذ بالشفعة نقض ما تم من جهته كما فى وكيل البايع بخلاف
وكيل المشترى ومن شرط له الخيار من جانب المشترى وهو شفيع لان الشفعه تبطل باظهار الشفيع الرغبة
عن الدار فيكون ابطالا للشفعة ولانه لو اخذ بالشفعة يصير الواحد مملكا ومتملكا لغير واحد فى
حالة واحدة وذا لا يجوز للتنافى كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف
الى اخره قيد بالاقل لانه لو علم انها بيعت باكثر سقطت شفعته كما لو علم كما اخبر لان الرضا بالتسليم بالف
رضا بالتسليم باكثر منه ذكره فى المبسوط وبه قالت الايمة الثلاثه وقال ابن ابى ليلى لا شفعة فى
الوجهين لانه اسقط حقه بعد ما وجب ورضى بمجاورة المشترى فلا يكون له ان ياتى ذلك بعد الرضا
بسقوطه وقلنا انما اسقطه بشرط ان يكون الثمن الفا لانه بنى تسليمه على ما اخبر به والخطاب
السابق كالمعاد فى الجواب فكانه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما اقدم على هذا التسليم لغلاء
الثمن ولم يتمكن من تحصيل الالف ولا يزول هذا المعنى فى الاكثر بل يزداد اما اذا كان الثمن اقل
فقد انعدم المعنى الذى لاجله كان رضا بالتسليم فيكون على حقه ولو اخبر ان الثمن مما يكال او يوزن
فسلمها ثم ظهر صنف اخر اقل مما سمى له او اكثر فهو على شفعته لانه قد تيسر عليه تحصيل جنس دون
جنس وكان هذا التقييد مفيدا **قوله** بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر
اى تسليمه ليس بباطل يعنى اذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعه ثم علم انها بيعت
بعبد قيمته الف درهم او اكثر كان تسليمه صحيحا على ما ذكر فى الكتاب هذا الذى ذكره اختيار شيخ
شيخ الاسلام وفى الذخيره لو اخبر ان الثمن شى من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه شى اخر من ذوات
القيم بان اخبر ان الثمن دار فظهر انه عبد فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل قال شيخ الاسلام
هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمته مثل قيمة
ما اخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع ياخذ بقيمة الثمن دراهم او دنانير وكانه اخبر انه
الف درهم او مائة دينار فسلم ثم ظهر مثل ما اخبر او اكثر وهناك كان التسليم صحيحا ولو ظهر اقل
كان على شفعته كذا ههنا ولو كان على العكس بان اخبر ان الثمن عبد قيمته الف او ما اشبه ذلك من
الاشيا التى هى من ذوات القيم ثم ظهر انه دراهم او دنانير فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل
قال بعض المشايخ هذا الجواب محمول على ما اذا كان قيمة ما ظهر اقل اما لو كان مثله او اكثر فلا شفعة له
وبعضهم قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المسئلة المتقدمة لانه وان كان بالقيمة قد يصير مغبونا
فى ذلك لان التقويم بالظن يكون وانما سلم حتى لا يصير مغبونا وهذا المعنى ينعدم فيما اذا كان الثمن دراهم
قوله وقال زفر له الشفعة وبه قالت الايمة الثلاثه لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما وقلنا
الجنس واحد فى الثمنيه وهى المعنى المقصود فى الماليه ولهذا يضم فى الزكاة والمكره على البيع بالدراهم مكره
على البيع بالدنانير ورب الدين اذا ظفر بدنانير المديون وحقه الدراهم له ان ياخذ ومال المضاربة
اذا صار دنانير عمل نهى رب المال كما لو صار دراهم ومبادلة احد النقدين بالاخر يتيسر فى العادة
ولا يتقيد رضاه بالصورة بل يتقيد بالمعنى وهو مقدار الماليه فيكون تسليمه صحيحا كذا فى المبسوط
والايضاح وذكر فى الاسرار خلاف ابى يوسف فقال تبطل شفعته عند ابى يوسف استحسانا خلافا لهما
وجه القياس انه قد يتيسر عليه الاخذ باحدهما دون الاخر فالرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالاخر
وجه الاستحسان انهما جنس واحد فى حق التجارات وضمانها وفى الذخيره جعل قول ابى حنيفه مثل قول

زفر وقول ابى يوسف كما ذكر فى الكتاب وذكر قول ابى يوسف كما ذكرنا ثم قال وابو حنيفة رحمه الله
يقول هما جنسين مختلفين فى الاخبار حتى ان الاكراه على الاقرار باحدهما لا يكون اكراها بالاقرار بالاخر
وفى بعض الاحكام اعتبرا جنسا واحدا وفى مسئلتنا اخبار وايجاب لان تسليم الشفعه وان كان ايجابا
الا ان التسليم بنا على الاخبار لانه اخبر ان الثمن كذا فى احدى النوعين وهو الاخبار اعتبرا جنسين
مختلفين فى بعض الاحكام فترجح ما يوجب اختلاف الجنسين فصار كالحنطه والشعير **قوله** فله
الشفعة لتفاوت الجوار وبه قال الشافعى فى وجه واحمد وقال الشافعى فى وجه لا شفعة له واختار
الاول فى شرح الوجيز لجواز ان يرضى بشركة زيد او جواره دون عمرو **قوله** فله ان ياخذ نصيب
غيره وعند الشافعى واحمد لا يبطل شفعته اصلا لا فى نصيبه ولا فى نصيب غيره **قوله** وفى عكسه
وهو ان يخبر بشرا الكل فظهر شرا النصف لا شفعه له فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى
ابعاضه واحترز به عن رواية الحسن عن ابى يوسف انه قال وله الشفعه فى هذه الصورة كما
فى الصورة المذكورة وبه قال الشافعى واحمد لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد
يتمكن على البعض بخلاف ما اذا اسلم فى البعض لان العجز عن ادا البعض عجز عن ادا الكل بالطريق الاولى
ولانه قد يكون حاجة الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع كذا فى المبسوط وفى الذخيره
فلو ظهر انه اشترى النصف لا شفعة له قال شيخ الاسلام هذا الجواب محمول على ما اذا كان ثمن النصف
مثل ثمن الكل بان اخبر انه اشترى الكل بالف ثم ظهر انه اشترى النصف بالف اما لو ظهر انه اشترى
النصف بخمسماية يكون على شفعته

فصل

لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال
شرع فى بيان تلك الاحوال لانه يحتمل ان يكون الجار والشريك فاسقا يتاذى به وفى استعمال
الحيلة تحصيل الخلاص من مثله **قوله** بالثمن الا درهما والباقى بالباقى وفى الايضاح لو خاف المشترى
ان لا يبيع الباقى بالباقى فالحيلة ان يشترى العشر بتسعة الاعشار من الثمن بالخيار الى ثلاثة ايام حتى لو
لم يبع الباقى بالباقى يفسخ البيع ولو ان البايع خاف ان لو باع الباقى بالباقى لما اخذ العشر بتسعة الاعشار
ويفسخ البيع الاول فالحيلة ان يبيع الباقى بالخيار لنفسه الى ثلاثة ايام ثم يخبران البيع معا ولو خاف كل واحد
ان لو اجاز لم يجز صاحبه فالحيلة فى ذلك ان يوكل به واحد منهما وكيلا باجازة البيع ويشترط على
الوكيل ان يخبر ان اجاز صاحبه ولا يخبر ان لم يجز صاحبه **قوله** وهذه اى هذه المسئلة وهى ان ابتاعها
بثمن ثم دفع اليه ثوبا عن الثمن حيله اخرى تعم الجوار والشركه يعنى تصلح لهما اما المسئله الاولى لدفع
الجوار لا للشريك **وقوله** الا انه اذا استحقه الى اخره استثنا عن قوله تعم الجوار والشركه لكن
فيه ضرر على البايع على تقدير ظهور الاستحقاق يبقى كل الثمن على البايع لانه اشترى الثوب والمشترى
يرجع بكل الثمن لا بالثوب المشترى **قوله** والاوجه ان يباع الى اخره حتى لا يتضرر بايع الدار وفى
فتاوى قاضى خان بيان ذلك ان يبيع الدار بعشرين الفا اذا اراد ان يبيع بعشرة الاف درهم ثم
يقبض تسعة الاف درهم وخمسمايه ويقبض بالباقى عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان
ياخذها بعشرين الفا ولو استحقت لا يرجع المشترى بعشرين الفا بل يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت
الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البايع ثم
تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف ومن الحيله ان يعقد البيع بثمن مجهول المقدار
كحفنة قراضة او جوهر معينة او سلعة معينة غير موصوفة او بماية درهم وكف من الفلوس لا يعرف
قدره **قوله** وتكره الحيله الى اخره اعلم ان الحيله بعد ثبوت الشفعة فى اسقاطها مكروهه
بالاجماع وذلك ان يقول المشترى انا ابيعها منك بما اخذت فيقول الشفيع نعم او يقول اشتريت او

او يصالحه بمال ثم يرد المال بعد الصلح وفي الحيله في منع ثبوتها اختلف المشايخ فقال بعضهم
على قول ابي يوسف لا يكره وهذا القايل قاس فصل الشفعه على فصل الزكاه وبقول محمد قال الشافعي
وعند احمد بالحيله لا تسقط شفعته وفي صوره الموهوب او يحط له الثمن ياخذ بثمن المثل لقوله صلى
الله عليه وسلم لا تحل الخديعة ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر وسقوطها بالحيلة يوجب الضرر فلا
تسقط وقلنا في الحيله دفع الضرر عن نفسه مشروع بالاية والحديث وان كان الغير يتضرر به في
ضمنه فكيف اذا لم يتضرر وبعض مشايخنا قالوا لا تكره الحيله في منع وجوبها لما الخلاف بين ابي
يوسف ومحمد في الزكاه وذلك بان يستبدل نصاب السايمة بغيرها في اخر الحول فرارا من الزكاة
وفي مبسوط شمس الايمه الاشتغال بالحيلة قبل وجوب الشفعه لا باس به وكذا بعد وجوب الشفعه
اذا لم يكن المشتري الاضرار بالشفيع وانما قصده الدوام على ملك نفسه ثم قال وقيل هذا على
قول ابي يوسف اما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبرا
ويمنع وجوب الزكاه اخر المسايل المتفرقه كما هو داب المصنفين

مسايل متفرقة

قوله اذا اشترى خمسة نفر الى اخره لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسايل الشفعة
الا هذه **قوله** اخذ ها كلها او تركها وبه قال ملك والقاضي الحنبلي والشافعي في وجه
وقال الشافعي في الاصح له ان ياخذ حصة احدهم وبه قال احمد كما في الفصل الاول ولا خلاف
في الفصل الاول للشافعي ان تعدد البايع يوجب تعدد العقد كتعدد المشتري ولنا ان المشتري
ملك الكل بصفقه واحدة ففي التفريق اضرار به زيادة الضرر وهو ضرر الشركه والشركه
عيب فيتضرر به زياده ضرر غير الاخذ بالشفعه بخلاف الاول لان الصفقه متفرقه وضرر
الشركه حصل بذلك **قوله** ولا فرق في هذا اي في اخذ الشفيع نصيب احد المشترين بينما اذا
كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وهو الصحيح وهذا احتراز عما روى القدوري عن اصحابنا
والحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل
القبض لان التملك وقع على البايع فتفرق عليه الصفقه فيتضرر البايع اما بعد القبض التملك يقع
على المشتري وقد اخذ منه جميع الدار ولكنا نقول قبل القبض اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما
لم ينقد الاخر حصته كيلا يودي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشترين يعني اذا نقد احدهما
الثمن لا يقدر على قبض نصيبه حتى يودي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذا الشفيع اذا اخذ
نصيب احد المشترين فليس له ان ياخذ نصيبه اذا نقد ما عليه حتى يودي الباقون كلهم ما عليهم
من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البايع **قوله** لان العبرة في هذا التفرق للصفقه لا للثمن بان
كان المشتري واحدا او البايع اثنين فللشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين وفي الكافي ومسلة الكتاب
فيما اذا كان الثمن منقودا او معنى قوله ياخذ نصيب احدهم يتملكه بالشفعه وما لم يكن الثمن منقودا لا
يكون له ولاية الاخذ وذكر في الذخيرة ولو كان البايع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما نصفه على حدة
للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان كان يلحق المشتري ضرر الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل
كل واحد بصفقه على حدة ثم ذكر التمرتاشي محالا الى الجامع في اتحاد الصفقه ان يتحد العاقد والعقد والثمن
متحدان بان قال البايع للمشترين بعت منكما او قال البايعان بعت منكما يتحد الصفقه لان ما يوجب الاتحاد
راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن والعقد والعاقد واحد بان قال بعت هذا بكذا وهذا
بكذا او قال المشتري ذلك ما لو تفرق الثلاثة تفرق الصفقه وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد
اما لو اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن قيل في موضع تفرق الصفقه لرجحان جنبه التفرق وفي موضع

لا تتفرق فعلى الاول قياس وهو قولهما والثاني استحسان وهو قول ابي حنيفه وههنا تفريعات
الى اخره ومن التفريعات ما ذكره في الذخيره في هذه المسله يجب ان يعلم ان الروايات اتفقت عن اصحابنا
ان المشتري اذا كان والبايع واحدا واشترى بصفقه واحده ليس للشفيع ان ياخذ البعض دفعا للضرر
عن المشتري بعيب ضرر الشركه ثم ذكر مسلة الجامع الصغير التي ذكرناها ان المشترين اذا كانوا جماعة
له ان ياخذ نصيب احدهم بخلاف ما اذا كان البايع جماعه حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب احدهم ثم
ذكر روايه القدوري كما ذكرنا وكذا الوكالة في الشرا بوكالة رجل رجلين فاشتريا كان له ان ياخذ نصيب
احدهما وان الموكل رجلين والوكيل واحد لم يكن له ان ياخذ نصيب احد الموكلين **قوله** اخذ الشفيع
الذي صار للمشتري او يدع يعني ليس له ان ينقض ويقول للمشتري ادفعه للبايع حتى اخذ منه لان القسمه
في غير المكيل والموزون افراز وتمييز لعين الحق من عين ومبادله من وجه والشفيع يملك نقض المبادله الى
حد ثم المشتري ولا يملك نقض القبض ولهذا ليس له ان ينقض قبض المشتري ليعيد العهده على البايع لان
القبض بجهه البيع له حكم البيع وكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهه البيع
فلما كانت القسمة مبادله من وجه قبضا من وجه فمن حيث انها قبض يملك الشفيع نقضها ومن حيث
انها مبادلة يملك فلا يملك نقضها بالشك كذا في قاضي خان وفي الذخيره تصرفات المشتري الدار
المشفوعة صحيحه الى ان يحكم بالشفعه لان التصرف يعتمد الملك والملك له وللشفيع حق الاخذ
غير ان الشفيع ينقض كل تصرفه الا القبض وما كان من تمام القبض والقسمه من تمام القبض
سوا كانت بالقضا او بغيره لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمه قبض ناقص حتى لا تصح الهبه
في المشاع ولو قاسم وسلم جازت الهبة وقاسم المشتري فالمشتري في محل الرفع بالفاعليه والذي
لم يبع في محل النصب بالمفعوليه اي قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي للبايع ولم يبع **قوله**
ثم اطلاق الجواب في الكتاب اي الجامع وهو قوله احد الشفيع النصف الذي صار للمشتري **قوله**
لا يملك ابطال حقه اي حق الشفيع بالقسمه لانها تصرف من المشتري فلا يبطل به حق الشفعة
قوله وعن ابي حنيفه الى اخره ذكره القدوري في شرحه لانه اذا وقع في غير جانبها وليس له نقض
القسمة لا يكون جارا فلا يستحق الشفعه **قوله** وله عبد ماذون مديون وهو الشفيع فله
الشفعه اي فللعبد الماذون المديون وكذا اذا كان البايع العبد والمولى الشفيع فله اي للمولى الشفعه
فترك الاخذ بالشفعه بمنزله الشرا ولو اشترى احدهما من اخر جاز لانه يفيد ملك اليد فكذا الاخذ
بالشفعة وعند الايمة الثلاثه لا شفعه له لانه بايع او مشتري لمولاه كما لم يكن عليه دين **قوله**
وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير **اعلم** ان الشفعة تثبت للصغير عند اكثر اهل العلم
وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير قال النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره
حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ولا يمكن وليه الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ وللعامة
عموم الاحاديث ولانه خيار ثبت لازالة الضرر فيثبت للصغير كخيار العيب وقولهم لا يملك العفو
لا يملك الاخذ منقوض بخيار العيب فانه يملك الاخذ ولا يملك العفو ولان في العفو تضييع لا في الاخذ
وولايه الولي نظريه مع ان عفوه جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف وما ذكروه من الضرر في الانتظار يشكل
بالغايب ثم اذا ثبتت الشفعة له يقوم في الاخذ والطلب من قام مقامه شرعا كالاب ثم وصيه ثم الجد
ثم وصيه الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد من هولا هو على شفعته اذا بلغ واذا ترك الطلب احد
من هولا بطلت شفعته حتى لو بلغ لا يكون له الاخذ اما اذا عفى هل يسقط شفعته والنظر في الاخذ يسقط
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي وملك واحمد في روايه لا يسقط اذا كان النظر

في الاخذ ولا يسقط وعن احمد في ظاهر مذهبه انه لا يسقط سوا ترك النظر او عدمه او عفي لانه حق ثابت له فيملك اخذه ولا يسقط باسقاط غيره **قوله** وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة والنا في قوله بطلت يتعلق بالوكيل لا بالتسليم في المبسوط اذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة او اقر بان موكله قد سلمت فعند ابي حنيفة يصحان في مجلس القاضي وعند ابي يوسف في المجلس وغيره اخرا وكان يقول اولا لا يصحان في المجلس وغيره ثم رجع وقال يصحان فيهما ومحمد مع ابي حنيفة في اقراره في مجلس القاضي اذا سلم بنفسه فعند محمد وزفر والشافعي لا يصح لان ذلك ضد ما فوض اليه لانه امر باستيفا الحق لا باسقاطه **قوله** لمحمد وزفر انه اي حق الشفعة او طلبها حق ثابت للصغير فلا يملكان اي الاب والوصي ابطاله كديته بالنون وفي بعض النسخ كديته بالتا المنقوطة من فوقها باثنتين بدلا له وقوده قوله ولكن الاولى في النسخ الاول لانه اعم واوفق لرواية المبسوط فانه علل فيه وقال لا يثبتا الولايه لهما في اسقاطه كابرا الدين والعفو عن القصاص الواجب له واعتاق عبده وهذا لان ولايتهما نظرية وفي اسقاط حقه ليس معنى النظر بل فيه اضرار فلا يملكانه ولهما انه اي الاخذ بالشفعة في معنى التجارة لانه تملك العين بالثمن وهو عين الشرا فيصح تركه ممن يملك التجارة كما لو قال رجل بع هذا العبد لفلان الصبي بكذا ابرده الاب او القاضي ولان هذا التصرف دائر بين الضرر والنفع فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الابرا والعفو عن القود والاعتاق لانه لا عوض هناك يعادله فلا يملكانه **قوله** جاز التسليم بالاجماع اي بلا خلاف محمد وزفر والشافعي لتمحضه نظرا للصبي وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق الى اخر ما ذكر في المتن وفي الكافي وهو الاصح وهكذا ذكره في المبسوط لانه اذا لم يملك الاخذ لا يملك التسليم فبقي الصبي على حقه اذا بلغ وصار الولي كالاجنبي لا يصح عند ابي حنيفة وذكر في الحصر والمختلف في هذه المسئلة عن ابي حنيفة يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا فهذا مخالف لرواية الهداية وانما اختير قول ابي حنيفة مع ان قول محمد وزفر والشافعي كذلك لان الشبهة ترد على قوله فان تسليم الاب والقاضي يجوز عنده اذا بيعت بمثل قيمتها فينبغي ان يجوز باقل لما ان هذا البيع وان كان بالمحاباة الكثيرة لا يخرج عن معنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في ماله لكن قال لا يصح فيما يروى عن ابي حنيفة لان تصرفهما في ماله يدور مع الوجه الاحسن فلما تعينت جهة الاحسن في هذا البيع في الاخذ فكان في التسليم ترك ماله بغير الاحسن وفيه نوع تامل ولهذا المعنى خص قول ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي يوسف وان كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها وفي الذخيره والمغني ولو اشترى تراب دار للصغير والاب شفيعها ياخذها بالشفعة عندنا اذا لم يكن بالاخذ ضرر للصغير وبه قال الشافعي واحمد ومعنى ان يقول اشتريت للصبي واخذت بالشفعة لان شراه ماله لنفسه جايز وكذا بالشفعة ولو كان مكان الاب الوصي فان كان في الاخذ للصغير منفعة بان اشتراه بغبن يسير للوصي ان ياخذها على قياس قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف كما في شرا الوصي مال الصغير لنفسه وللشافعي فيه وجهان في وجه الاخذ وفي وجه لا وبه قال احمد للتهمة اما اذا لم يكن في الاخذ منفعة لم يجز اخذه بالاجماع ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة للتهمة فاذا بلغ باخذها ان شا اما الاب لو اشترى دارا لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الاب للصغير لا يبطل شفعته حتى اذا بلغ كان له الاخذ لان الاب لا يتمكن من الاخذ لانه مانع وسكوته لا يكون مبطلا اما الوصي لو باع دارا لنفسه او اشترى لنفسه والصبي شفيعها فسكوته لا يبطل شفعته حتى اذا بلغ له الاخذ وفي الجامع الاصغر لو باع الوصي دار اليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له الا اذا باع وكيل القاضي او القاضي للوصي الشفعة وبه قال ———— الشافعي واحمد والله اعلم

كتاب القسمة

كتاب القسمة

قيل ايراد القسمة عقيب الشفعة باعتبار ان كل واحد من نتاج النصيب الشايع اذ اقوى اسباب الشفعة الشركة او باعتبار ان القسمة نافية للشفعة وقاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت مع ان المثبت مقدم على النافي ثم من محاسن القسمة الخلاص من مصاحبة شريك له سوء خلق اذ مع صحبته لا ينتظم امور الدنيا والدنيا وقد يكون كمال انتفاعه بملكه في القسمة وهو الاغلب فحسن شرع القسمة ثم القسمة لغة اسم من الاقتسام كالقدوة للاقتدا والاسوة للايتسا وشرعا ما ذكر في الايضاح بانها جمع النصيب الشايع في مكان معين وسببها طلب الشريك الانتفاع بملكه على وجه الخصوص ولهذا لو طلبها وجب على القاضي اجابته على ذلك ذكره في المبسوط وركنها الفعل يقع بها الافراز كالكيل والوزن والعد والذرع والكيلي والوزني والعددي والذرعي وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة وعن هذا قال في المبسوط لا يقسم الحمام والحايط وما اشبه ذلك بين الشركا لما فيها من الضرر والمقصود من القسمة توفير المنفعة فاذا فات منفعته بالقسمة فيكون ذلك تبديلا لا افرازا وشرعيتها بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اي لكل شرب محتضر وقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم في قصة ناقة صالح وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا لم يكن فيه نكير وقوله تعالى واذا حضر القسمة اولوا القربى الاية واما السنة فما روي انه صلى الله عليه وسلم باشرها في الغنايم والمواريث وقال اعطى كل ذي حق حقه وكان يقسم بين نسايه وهذا مشهور واجمعت الامة على مشروعيتها **قوله** ثم هي اي القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في المثلي وغيره لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين وكان ما ياخذ كل واحد منهما نصفه ملكه لم يستفده من صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة الا ان الاظهر معنى الافراز والتمييز في المثلي ومعنى المبادلة في الحيوانات اي في غير ذوات الامثال وبه صرح في المغني وغيره حيث قال القسمة في غير ذوات الامثال معنى المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة مبادلة وهو ظاهر واما من حيث الحكم فما ياخذ كل واحد مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واحد القيمة كاحد العين حكما فكان افرازا من هذه الجهة **قوله** الا انها الى اخره جواب سؤال يرد على قوله معنى المبادلة هو الظاهر بان يقال لو كان الرجحان للمبادلة ينبغي للقاضي ان لا يجبر الابي على القسمة في غير ذوات الامثال كما لا يجبر على بيع ماله فقال انما يجبر لدفع الضرر عن غيره كالغريم يحبس حتى يبيع ماله لقضا الدين وبهذا السؤال والجواب صرح في المغني حيث قال **فان قيل** لو كان الرجحان لجهة المبادلة ينبغي ان لا يجبر عليها وبالاجماع يجبر وكذا لا يثبت حكم الغرور فيها حتى لو بنى احد مما في نصيبه بعد القسمة ثم استحق نصيبه ونقض بناه لا يرجع على صاحبه بقيمة البنا وفي المبايعة يرجع المشتري **قلنا** الجبر لحق مستحق للغير كما ان المشتري يجبر على الدفع على تسليم الدار الى الشفيع والمديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين فالجبر لحق الغير لا ينفي كونها مبايعة وانما لا يثبت حكم الغرور لان كل واحد منهما مضطر في هذه المبايعة لتخليص حقه ومنع صاحبه عن الارتفاق بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبايعة فيكون مضطرا فيها لاحيا حقه والجبر كما يثبت بالاكراه يثبت بالحاجة الى احيا الحق لصاحب العير اذا ابى السفل واذا كان يجبر على هذه المبايعة لا يثبت حكم الغرور كالشفيع اذا اخذ الدار من المشتري بالقضا **قوله** وان كانت اي الاعيان المشتركة اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها والحاصل ان الاعيان المشتركة لا تخلو اما ان كانت من جنس واحد لا تخلو اما ان كانت مما يجري فيه الربا كالكيل

والموزون او لا يجرى كالحيوان فالقاضي يجبر عند طلب احدهما في هذين الوجهين بعد ان كانا من جنس
واحد لان الابي متعنت لان المشاع ناقص المنفعة والمقسوم وافر المنفعة هذا اذا كانت المنفعة بعد
القسمة تبقى اما اذا لم تبق بل يتضرر كل واحد لا يقسمه القاضي بغير التراضي كالحمام والبيت الصغير والحايط
وما اشبه ذلك مما يحتاج الى الشق والقطع وبه قالت الايمة الثلاثة وعند التراضي روايتان في
رواية لا باس للقاضي ان يتولاها وفي رواية لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض اليهما والاصل ان التراضي
في القسمة على الضرر جايز والتراضي على الربا لا يجوز كما في بيع الربا حتى لو كان زكرين بينهما ثلاثون ثوبا
منها رديه قيمتها عشرة دراهم وعشرين تخاتيم جيد قيمتها عشرة فتراضيا على ان يكون الثلاثون الردي
لاحدهما والعشرة الجيد لاخر لا يجوز لانه ربا لان لمن قبض الثلاثين له في جملة الكر عشرون نحو ما
وقد قبض زيادة عشر بازا الجوده في العسرة فيكون ربا وان تراضيا عليه لان في الكيلي والوزني
عند ملاقاه جنسه لا عبرة للصفة والقيمة واما اذا كانت الاعيان المشتركة من اجناس مختلفة
وطلب احدهما فلا يقسمها بغير التراضي لان القسمة في مختلفة الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة
شرط بالنص كذا في شرح الطحاوي **قوله** ابعد عن التهمة اي تهمة الميل الى احد المتقاسمين بسبب
ما يعطيه بعض الشركا زيادة وفي ادب القاضي للصدر الشهيد لا يجوز للقاضي اخذ الاجرة على القسمة
وانها واجبة عليه وللقاسم يجوز وفي الذخيره يجوز للقاضي اخذ اجرة القسمة لان القسمة ليست بقضا
حقيقة حتى لا يجب على القاضي مباشرتها وانما الواجب عليه جبر الابي على القسمة الا ان لها شبها بالقضا
من حيث انها تستفاد بولاية القاضي حتى ملك جبر الابي دون غيره فمن هذا الوجه لا يستحب له اخذها
وبه قالت الايمة الثلاثة اذا لم يكن للقاضي من بيت المال رزق ولو اصطلحوا اي الشركا واقتسموا
اي بدون رفع الامر الى القاضي جاز لان في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في ساير المعاوضات
كذا في ادب القاضي الا ان يكون منهم صغير او مجنون او غايب العشار جمع القاسم كالزراع جمع الزارع
والتواكل هو ان يتكل بعضهم على بعض والمعنى لا يعين القاضي شركتهم بحيث لا يتحاوزا مر القسمة عنهم
الى غيرهم يعني لا يعينهم لانه لو عينهم في الاستيجار يكلفون للاجر زياده على اجر المثل فيتضرر بها
بها المتقاسمون بل يقول استبدادهم بالقسمة بلا مشاركة فكذا في كل واحد **قوله** على عدد
الروس عند ابي حنيفة وبه قال مالك وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصبا وبه قال الشافعي واحمد
واصبغ المالكي لانه اي الاجر مؤنة بسبب الملك فيكون بينهم على قدر الملك كنفقة المملوك المشترك
واجرة الكيال والوزان في المال المشترك وحفر البير المشتركه وهذا لان المقصود من القسمة توصل
كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر من منفعة صاحب القليل والغرم
بالغنم فصارت الاجرة كالزوايد الحاصله مثل الثمار والاولاد فهي على قدر الملك وكاجر رجل لبنا
جدار او لتطين سطح بينهم فان الاجر على التفاوت ولابي حنيفة ان المعقود عليه التمييز لا المساحة
ومسد الاطناب والمبنى على الحدود فانه لو استعان ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا اسم
ولا تفاوت في التمييز بين القليل والكثير اذا امر از القليل من الكثير كافراز الكثير من القليل فكان عمل
الافراز واقعا لهما جمله وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل اكثر لان الحساب يدق في نقلة بعض الانصبا
وقد يصير تمييز الكثير للكثير وقع فيه فلما تعارض الوجهان اعتبرنا نفس التمييز بخلاف حفر البير المشترك
وتطين السطح وبنا الجدار لان الاجر مقابل بنقل التراب وقد يتفاوت بالقلة والكثرة وكذا التطين
بنقل الما والطين وذلك ايضا يتفاوت بالقله والكثرة اما التمييز واقع لهما بعمل واحد وبخلاف الزوايد
لانها متولدة من الملك فانما تتولد بقدر الملك بخلاف النفقة لانها ابقا الملك وحاجة صاحب الكثير

قوله

الى ذلك اكثر كذا في المبسوط والاسرار **قوله** فيتعذر اعتباره اي اعتبار صعوبة الحساب بالنظر
الى القليل كما ذكرنا **قوله** وان لم يكن للقسمة بل لتصير المكيل والثوب معلوم القدر والدرع والاجر
على قدر الانصبا لان الاجر استحق بازا فعل الكيل من غير اعتبار افراز وفعل الكيل يتعدد بتعدد المكيل
فيتفاوت البدل ايضا كذا في الاسرار والذخيره **قوله** وهو العذر لو اطلق اي الاجر مقابل بعمل
الكيل لو كان قولهما كاجرة الكيال والوزان تجري على اطلاقه فالجواب لابي حنيفة عن ذلك هو في
المبسوط قال بعض مشايخنا هو على الاختلاف ان كان لاجل القسمة والاصح انه على الاطلاق وابو حنيفة
رحمه الله يفرق وقال الاجر ههنا بمقابلة الكيل لكل احد الا ترى انه لو استعان في ذلك بالشركا لم يستوجب
الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر اذ كل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز اكثر من كيل عشرة اقفزة بخلاف
القسام لما ذكرنا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاجرة على طالب القسمة دون الممتنع وقالا عليهما وبه
قالت الايمة الثلاثة **قوله** وفي ايديهم دار او ضيعة قيد بهما لانه كان في ايديهم عروض او شي مما ينقل
يقسم باقرارهم انه ميراث بالاتفاق وقيد بالارث لانهم اذا ادعوا الى الشرا من غايب قسم بينهم باقرارهم
بالاتفاق في روايه الاصل على ما ذكر في الكتاب وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بلا بينة باقرارهم كما في
الشرا والعروض وبه قال الشافعي في قول واحمد وقال الشافعي في قول لا يقسم في الجميع بلا بينة للاحتياط
قوله ويذكر اي القاضي كتاب القسمة اي في صك القسمة **قوله** ليقتصر عليهم ولا يتعدى منهم حتى لا
يكون ذلك قضا على شريك اخر ولا على مالك لها **قوله** لو حدثت الزياده فيها تنفذ وصاياه الا ترى
ان من اوصى بجاريه لرجل ومات فولدت ولدا او اكتسبت كان الولد والكسب لورثة الميت وان حدثت
الزياده بعد القسمه يكون للموصى له وان كانت الزيادة مع الجارية لا تخرج من الثلث ذكره في جامع قاضي
خان **قوله** وهو اي البينة على تاويل الشاهد تنعقد هذا جواب عن قولهما ولا بينة لا على المنكر
فلا تفيد وفي الذخيره **فان قيل** كيف يجعل احدهم مدعا عليه مع اقرار كل ما يدعيه صاحبه
والمقر بما يدعي المدعي لا يصلح خصما للمدعي **قلنا** كل واحد انما يقر على الغير والاقرار على الغير
باطل فوجوده وعدمه بمنزلة الا ترى ان من ادعى على الميت دينا واقر به وصيه تكلف اقامة البينة
وينتصب الوصي خصما له وان كان الوصي مقرا بخلاف المنقول الى اخره يعني معنى النظر للميت في المنقول
بالقسمة لما ان العروض يخشى عليه التوى والتلف وفي القسمة تحصين وحفظ لها وهذا يوجد في العقار
ولانه محصن بنفسه ولان في العروض ما ياخذ كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض
في حق غيرهم ففي جعل ذلك مضمونا عليهم بعد القسمة نظر للميت وذا لا يوجد في العقار لانه مضمون على
من اثبت يده فيه عند ابي حنيفة كذا في المبسوط وهذا معنى قوله ولا كذلك العقار عنده اي عند ابي
حنيفة **قوله** بخلاف المشترى وفي المبسوط في الشرا في العقار روى عن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول انه لا يقسمها بلا بينة كما في الميراث والفرق له على ظاهر الرواية ان قضاه بالقسمة في المشترى
الغير بخلاف الارث الا ترى ان ما حدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشترى **قوله** هذه اشارة
الى قوله قسمة بينهم في كتاب القسمة من المبسوط ومسئلة الجامع على خلاف ذلك حيث اشترطت هناك
اقامة البينة على الملك في جواز القسمة فلذلك اعاد لفظ الجامع وهذه المسئله في الجامع مذكوره
في كتاب القضا منه وفيها تفريعات **قوله** وهو الاصح لان القسمة الى اخره معناه القسمة ضربان
في حق الملك تكميلا للمنفعة وفي حق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول لعدم الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام
الملك وكذا الثاني للاستغنا عن الحفظ لانه محفوظ بنفسه **قوله** في ايديهم ومعهم والصحيح انه
ومعهما وبه صرح في المبسوط فكذا وجد بخط الثقات **قوله** في ايديهم ومعهم ووقع سهوا لانه لو كان في

الا ينقض فيظهر حق الغير لان بعد البيع والتسليم
لم يبق للبيع على حكم ملك البايع وانما
يقسم فلا يكون القسمة قضا على
ميت احد

ايديهم لكان البعض في يد الغايب وقد ذكر بعد هذا اذا كان العقار في يد الوارث الغايب او
شي منه لم يقسم وفي الخبازيه سهوا وما قال فان المراد هو الحضور وفي النهايه لكن الصحيح ما ذكر
من الشهود ذكر في المبسوط اذا كان في الورثه صغير او كبير غايب والدار في ايدي الكبار الحضور
فعند ابي حنيفه لا يقسمها حتى يقيموا البينه على اصول المواريث لانه لم يقسم في الفصل الاول
مع ان الورثه كلهم حضور كبار ففي هذا الفصل اولى لان في قسمته قضا على الغايب والصغير بقول الحضور
وعلى قولهما يقسمها ويعزل حق الغايب والصغير ويشهد انه قسمها باقرار الكبار الحضور وان
الغايب والصغير على حجته كما في الفصل الاول لان الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس في
هذا القسمه قضا على الغايب والصغير باخراج شي من ايديهما وفيها نظر لهما بظهور نصيبهما
مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيبهما فهذا محض النظر في حقهما **قوله** كما ذكرنا من قبل
وهو قوله لم يقسمها حتى يقيموا البينه على موته وعدد ورثته فقال صاحباه يقسم باعترافهم
قوله لم يقسم مع غيبة احدهم يعني وان اقاموا البينه على الشرا حتى يحضر الغايب **قوله**
وصار مغرورا بشرا المورث حتى لو وطي امة اشتراه مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث
على بايع مورثه بثمنها وقيمة الولد المغرور من جهته فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب واذا لم
يجعل خصما عن الغايب كانت البينه في حق الغايب قايمه بلا خصم فلا يقبل قوله في هذا الفصل
وهو ما اذا كان العقار في يد غايب او مودعه او صغير وهو قوله الصحيح احترازا عما ذكر في
المبسوط والذخيره في انه يقسم باقامة البينه في هذه الصوره لان الورثه يخلفون الميت في الميراث
فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقلما يخلو تركته هذا فان الورثه يكثرون
وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينه ولم يقسمها بمكان غايب او صغير ادى الى الضرر
مدفوع وبه قالت الايمة الثلاثه وفي فتاوي قاضي خان لم يقسم وان قامت البينه ما لم يحضر الغايب
وهو روايه الجامع و **قوله** كما اطلق في الكتاب اي الجامع بقوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة
قوله لا يصلح مخاصما ومخاصما وهذا لان الحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس هنا خصم عن الميت
وعن الغايب وان كان هذا الحاضر خصما عنهما وليس ههنا من يخاصم عن نفسه لتقام البينه عليه
ولان الواحد غير متظلم في طلب القسمه ولا طالب للانصاف اذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول
للقاضي اقسمها بيننا كيلا ينتفع بملكي غيري وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب خصما ويسمع البينه
عليه ويقسم الدار كما لو ادعى اجنبي دينا على الميت ولا وارث له ولا وصي فانه ينصب عنه وصيا وجه
الظاهر ان التركه قبل القسمه ان بقيت على حكم ملك الميت من وجه صارت ملكا للورثه من وجه حتى
لو اعتق واحد منهم عبدا من التركه قبل القسمة بعد عتقه في نصيبه وكل واحد من الورثه يرتفق
بنصيبه ونصيب شريكه قبل القسمة والحاضر يدعي القسمه كما يدعي ازاله ما بقي من ملك الميت يدعي
على شركايه قطع الارتفاق بنصيبه فلئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز
له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركايه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف دين
دين الاجنبي لان هذا دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب وصيا عن الميت اما ههنا بخلافه
واذا لم يمكن له نصب الوصي عن الميت ههنا وهذا الواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن ساير الشركا لانه
مدعي ولا يصلح مدعا عليه فتعذر قبول البينه **قوله** عن الصغير وصيا في الذخيره القاضي انما ينصب
وصيا عن الصغير اذا كان حاضرا اما لو كان الصبي غايبا فلا ينصب عنه وصيا بخلاف الكبير الغايب على
قول ابي يوسف وخلاما اذا وقع الدعوى على الميت حيث ينصب وصيا عن الميت كما ذكرنا لما ان الصغير

لو كان حاضرا صحت الدعوى على الصبي الا انه عجز عن الجواب فينصب عنه خصما ليجيب عنه اما اذا كان
الصبي غايبا لم يصح الدعوى عليه ولم يتوجه الجواب عليه ولم يقع الضروره على نصب الوصي فلا ينصب
قوله وموصى له بالثلث فيها اي في الدار لانه يصير شريكا بمنزله الوارث فصار كانه حضر وارثان

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم

لما بين القسمه وطالبها شرع في بيان
محلها وتنويعها **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمه ولا
خلاف فيه للعلما **قوله** فان طلب صاحب الكثير قسم اي جبرا وبه قال الشافعي واحمد ومالك في المشهود
منه وفي رواية عن مالك لا يجبر واختاره ابن القاسم وبه قال ابو ثور وقال ابن ابي ليلى لا يقسم ولكن يباع
ويقسم ثمنها وكذلك ان كان ساير الشركا لا ينتفعون بانصبايهم الا الطالب يقسمها جبرا **قوله** وان طلب
صاحب القليل لم يقسم اي اذا كان صاحب القليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة لا يقسم وبه قال الشافعي في
الاصح **قوله** وذكر الخصاف وفي بعض النسخ وذكر الجصاص مكان الخصاف وهو الاصح لانه موافق
لرواية فتاوي قاضي خان وغيرها وفي الذخيره قول الخصاف ما هو المذكور اولا **قوله** وذكر الحاكم
وفي بعض النسخ الحاكم الشهيد **قوله** والاصح الى اخره لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شرعا
وانما الملزم طلبه من القاضي واحاله الى منفعة ملكه وذا لا يوجد عند طلب صاحب القليل كذا في المبسوط
والذخيره **قوله** لم يقسمها الا بتراضيهما اي بطلب احدهما لان كل واحد متعنت وانما يعتبر دخول الضرر
بنقصان المنفعه عندنا والشافعي في الاصح وعند مالك كون القسمه مبطلا للصفه التي كان عليها وقال
الشافعي في قول يعتبر ذلك ونقصان القيمه **قوله** وتقسم العروض اي جبرا اذا كانت من صنف واحد
ولا يعلم فيه خلاف الا عند ابن حزم من اصحاب الشافعي واصحاب الظاهر وابي ثور **قوله** ولا يقسم
في الجنسين الى اخره وبه قال الشافعي ومالك وفي المبسوط عند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة الا في
الرقيق **قوله** والابل بالنصب اي يقسم القاضي المكيل والابل وفي بعض النسخ والابل وهو مناسب
لما قبله والابل لما بعده **قوله** ولا يقسم شاه وبعير الى اخره اي لا يقسم جبرا في هذه الاشيا قسمة جمع
بان يجمع نصيب احد الورثه في الشاه خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهما والبعير
بينهما على ما يستحقون وفي الذخيره والحاصل ان القاضي لا يقسم الاجناس المختلفة من كل وجه قسمة جمع
اذا ابى ذلك بعض الشركا وفي الجنس المتحد يقسم عند طلب البعض وبه قال الفقها وقال ابو ثور واصحاب
الظاهر يقسم في الاجناس المختلفه ويخرج نصيب كل بالقرعة في شخص من اشخاص المال او في نوع من انواعه
جبرا استدلالا بما روى البخاري عن علي بن الحكم الانصاري باسناده الى رافع بن خديج انه صلى الله عليه
وسلم قسم الغنيمه فعدل عشره من الغنم ببعير واحد وقلنا حديث غريب فلا يترك لاجله عمومات النصوص
في ان الجبر لا يجري في المبادلات والقسمة بالسهم في الاجناس المختلفه مبادله حقيقه مع ان الحديث لا
يكون حجه لاحتمال ان ذلك بطريق القيمة بالتراضي بقرينه لفظ فعدل عشرة الحديث مع ان حق الغانمين
في المالية لا في العين ولهذا الامام بيعها وقسمة ثمنها **قوله** البحت بالاجناس المختلفة كالاجانه
والقمقم والطست المتخذ من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذ من القطن او الكتان اذا اختلفت بالصفه
كالقبا والجبة والقميص لا يقسم بعضها في بعض جبرا و **قوله** ويقسم الثياب الهرويه احترازا عن
اختلاف الصنف لانه ذكر في المبسوط ولا يقسم ثوبا زطيا وثوبا هرويا ووسادة وبساطا لانها في
الاجناس مختلفة والقسمه تكون بطريق المعاوضة والجبر لا يجري في المعاوضات فلا بد من التراضي ولا يقسم
ثوبا واحدا اي بطلب احدهما جبرا ويقسم بالتراضي وقيل القاضي لا يفعل ذلك ولكن لو اقتسما بانفسهما
لا يمنعها اذ في القسمه اتلاف جزء والقاضي بفعله يحصل ولا يتلف كذا في المبسوط **قوله** ولا ثوبين اذا

اختلفت قيمتهما لانه لا يمكن التعديل الا بزيادة دراهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدراهم في القسمة
جبرا لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم يقسم ما
ليس بمشترك وهذا الاصح و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله بل بيع معاوضة وسبيلها التراضي
بخلاف ثلاثة اثواب بان يكون قيمة احد الاثواب دينارا وقيمة الاخر دينارا وربع دينار او ثلاثة ارباع
دينار وقيمة الثالث دينار ونصف فياخذ احدهما ثوبا قيمته دينار او ربع دينار والاخر ثوبا قيمته دينار
وثلاثة ارباع دينار فيبقى الثوب الاخر قيمته دينار مشتركا بينهما ربعه للذي اخذ الثوب الذي قيمته دينار
وثلاثة ارباع دينار وثلاثة ارباعه للاخر وهذا لاعتبار قسمة المشترك دون البعض لان كل واحد منهما منفرد
بثوب وتبقى الشركة في ثوب وفي النهاية والاصح ان يقال ان استوت القيمة كان نصيب كل واحد ثوبا
ونصفا فيقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذا لو استقام ان يجعل نصيب احدهما ثوبا وثلثي
الاخر كما ذكرنا و **قوله** ثلاثة ارباع بالجر بالعطف على ثوب **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد يقسم
الرقيق اي قسمة جبر وبه قالت الائمة الثلاثة لاتحاد الجنس وانما التفاوت في القيمة وذا لا يمنع صحة القسمة
كما في الابل والغنم ولهذا تقسم الرقيق في الغنيمة كسائر الاموال وكذا بين الشركاء ولهذا ان الرقيق كسائر
الحيوانات في العقود حتى يثبت في الذمة مهرا ولا يثبت سلما وله اي لابي حنيفة رحمه الله ان التفاوت في
الادمي فاحش باختلاف الاغراض والمقاصد والمعاني الباطنة كالذهن والكياسة والامانة والفروسية
والكتابة كما قال الشاعر • وواحد يعدل الفا زايدا • وكم الوف لا يساوي واحدا • فيتعذر اعتبار
المعادلة في القسمة فيلحق بالاجناس المختلفة ولهذا جعل الذكر والانثى من بني ادم جنسين حتى لو اشترى شخصا
على انه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد ولو اشترى غنما او ابلا على انه ذكر فاذا هو انثى ينعقد العقد
ولو اشترى المضارب بالف المضاربة عبدين كل واحد يساوي الفا ان عتق المضارب لا ينفذ ولو كان بعد
القسمة جمعا لصار الربع كل عبد للمضارب فينبغي ان ينفذ عتقه كما اذا اشترى بقيمته الفا ولو كذا لا
يلزمه الزكاة في نصيبه ولو اعتبر جنسا واحدا لوجب كما اذا اشترى اغناما تساوي الفين فان الزكاة
تلزمه في نصيبه بحيث قالوا لا يملك شيا من العبدين بين ان كل عبد على حدته كان ليس معه غنى في حق
اثبات الشركة بينهما وعند ذلك لا ينفصل شي من العبيد عن راس المال فلم يثبت له ملك وكانت هذه
المسالة ناقضة لما قالا كذا في الاسرار والمبسوط واما الجواب عن كون العبد يصلح مهرا ان الجهالة فاحشة
كجهالة الجنس فيوجب اختلاف الجنس لان الجهالة الفاحشة غير مانعة لاصل التسمية في النكاح اذ الجهالة
الفاحشة موجودة بين انواع مهر المثل فلما لم يفسد النكاح باعتبار تلك الجهالة لم يفسد بما دونه
قوله بخلاف المغانم يجري في الاجناس المختلفة لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة
ثمنها اما ههنا اي في شركة الملك فحق الشركاء في العين والمالية فاذا تعذر اعتبار المعادلة ههنا بطريق
التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الجبر على القسمة وفي الذخيرة والمبسوط والحاصل ان عنده لا يجوز الاجبار
على قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شي اخر هو محل للقسمة كالغنم والثياب فيقسم القاضي الكل قسمة جمع
وكان ابو بكر الرازي يقول تاويل هذه المسالة انه يقسم ذلك برضاهم فاما مع كراهية بعضهم لا يقسم لانه
اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم جبرا عنده فعند الاختلاف اولى والاظهر ان قسمة الجبر يجري
ههنا عنده باعتبار ان الجنس الاخر الذي هو مع الرقيق يجعل اصلا في القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه
فيثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد يثبت الحكم تبعا وان كان لا يجوز اثباته قصدا كالشرب والطريق في البيع
والمنقولات في الوقف **قوله** فاولى ان لا يجبر على القسمة وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** ولا يقسم
حمام الى اخره وبه قالت الائمة الثلاثة الا ان الشافعي شرط ان الحمام يكون صغيرا بحيث لا يمكن الانتفاع به

بعد القسمة فاما اذا كان كبيرا يمكن الانتفاع به بعد القسمة يقسم جبرا وبه قال مالك **قوله** وكذا الحائط
اي لا يقسم جبرا وقال الشافعي ان اراد احدهما قسمته في نصف الطول وكمال العرض فيه وجهان احدهما
مما يجبر الآبي والاصح انه لا يجبر وان اراد احدهما قسمته عرضا في كمال الطول وللحائط عرضه في الاصح
يجبر وقيل لا يجبر كذا في الحلية **قوله** قسم كل دار على حدة اي لا يجمع نصيب احدهم في دار واحدة الا
بالتراضي عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي واحمد وحكي عن مالك انه قال ان كانت متجاورة جاز قسمة الجمع
كما قالا وان كانت متفرقة لا يجوز كما قال ابو حنيفة **قوله** وعلى هذا الخلاف الاقرحة فعنده لا تقسم
قسمة جمع وعندهما تقسم ولاصحاب الشافعي خلاف فقال ابو اسحق الشيرازي ان كانت متجاورة جاز قسمة
الجمع وقال غيره من اصحابه يجعل كالقراح الواحد اذا كان شربها واحدا فاما اذا كان شربها وطريقها
يختلف فهو كالاقرحة لا تقسم قسمة جمع جبرا وفي الحلية وهذا اشبه وفي المغرب القراح من الارض كل
قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائب سبخ وقد يجمع على اقرحة كمكان وامكنة وزمان وازمنة •
قوله فيفوض الترجيح الى القاضي اي الراي في ذلك له فان راى ان يقسم كل دار قسم وان راى الجمع
فعل كذا في الفتاوى الظهيرية وفي المبسوط وفيه ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور
لا يقسم عنده متلازقة او لا والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متفرقة او مجتمعة في مكان لانها
متقاربة في معنى السكنى فالبيت سقف واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة الا ترى انها
تؤجر باجرة واحدة في كل محلة فتقسم قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا
بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزل على حدة سواء كانت في محال او في
دار واحدة بعضها في اقصاها وبعضها في ادناها لان المنزل فوق البيت دون الدار
فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فتشابهت البيوت
والدور ولشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في
مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول
كلها يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك فتولد على ما مر اي في البيوع في
الحقوق **قوله** اجارة منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت اما لو جعل نفس الحانوت اجرة
المنافع الدار يجوز وانما لا يجوز جعل منافع الحانوت اجرة لمنافع او يجري حرمة الربا هنالك اي في اجارة
الاصل على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتها وهو السكنى وفي الكافي هكذا ذكر في الهداية وهو
مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة
الحلواني اما ان يكون في المسالة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وقيل في جوابه لا بل اعتبر
الشبهة لان السكنى جنس واحد فيكون كاجارة السكنى بالسكنى وهي شبهة لا شبهة شبهة وفيه ضعف
كما ترى

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم
شرع في بيان كيفية القسمة لان الكيفية صفة فيتبع وجود الاصل **قوله** وينبغي للقاسم ان يصور ما
يقسمه اي على قرطاس ليمكنه حفظه ويرفعه الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه ان لم يامره بالاقراع
قوله ثم يخرج اسمه وفي بعض النسخ سهمه وكلاهما واحد **قوله** وقد شرحناه في كفاية المنتهي
وفي الذخيرة وشرح ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة اسهم ولاخر خمسة فاراد قسمتها على
قدر سهامهم يجعل الارض على قدر سهامهم بعد ان سويت وعدلت ثم يجعل بنادق ويقرع بينهم فاول
بندقة تخرج توضع على طرف من اطراف السهام وهو اول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت
لصاحب العشرة اعطاه ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون

سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك فاول بندقة تخرج توضع على طرف من اطراف
البقية الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب الخمسة اعطاه القاضي ذلك السهم واربعة
متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه وتفسير البندقة ان يكتب القاضي اسما الشركا في بطاقة
ثم يطوي كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ويدلكها بين كفيه حتى يصير مستديرا فتكون شبه البندقة
التي يرمى بها وهكذا في الفتاوى الظهيرية وفتاوي قاضي خان والاختلاف للايمة الثلاثة **قوله** والقرعة
لتطييب القلوب الى اخره وفي المبسوط استعمال القرعة حرام في القياس لان في الاقراع تعليق الاستحقاق
بخروج القرعة وهو حرام لانه في معنى القمار والاستقسام بالازلام الذي كان يعتاده اهل الجاهلية
ولهذا لم يجوز علماونا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى العتق ولكنا تركنا القياس استحسانا
بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان هذا ليس في معنى القمار فان القمار
اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وههنا اصل الاستحقاق لا يتعلق بخروجها لان القاسم لو قال انا
عدلت فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة
لتطييب قلوب الشركا ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز كما فعل يونس عليه السلم في مثل هذا مع اصحاب
السفينة لما علم انه هو المقصود ولكن لو القى نفسه في الما ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبيا فاستعملها كذلك
وكذا زكريا عليه السلم استعمل القرعة في ضم مريم عليها السلم مع انه احق بها لمكان خالتها عنده وكان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اقرع بين نسايه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن ثم ليس لبعض الشركا ان لا يجوز الا با
بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت القاضي الى ابايه قبل خروج القرعة وان كان القاسم قسم بالتراضي
فرجع بعضهم بعد خروج القرعة كان له ذلك وبه قال الشافعي في قول وقال في قول لا لان القسمة بالتراضي
لا تتم الا بالرضا والرجوع قبل التمام كالرجوع عن الايجاب قبل قبول المشتري واذا خرج جميع السهام الا
واحدا فقد تمت القسمة لتعين نصيب ذلك الواحد وبعد ذلك لا يعتبر الرجوع **قوله** ولا يدخل في
القسمة الدراهم اي الدراهم التي ليست في التركة لجبر النقصان الذي في بعض الانصبا بل يجبر النقصان
بشي من التركة صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بنا فاراد احد الشركا
ان يكون عوض البنا دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البنا من الارض
من الدراهم الا اذا تعذر فحينيذ للقاضي ذلك كما ذكر في الكتاب واذا كان بالتراضي جاز ذلك وبه
قال الشافعي واحمد وقال مالك ان كان الردية قليلا جاز وان كان كثيرا بطلت القسمة وانما قلنا هكذا
لانه ذكر قبل هذا ولا يقسم الجنسين **قوله** ودراهم الاخر في ذمته اي وقت القسمة وربما تتوى
ذلك عليه ولا تسلم له فيفوت التعادل **قوله** وعن ابي حنيفة انه اي القاسم وبه قال الشافعي واحمد
وقد ذكرنا قول مالك **قوله** لان المقصود منه اي من البيع تملك وانه يجامع تعذر الانتفاع حالا
كبيع الجحش **قوله** ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول اي فيما اذا امكن صرف الطريق كذلك الجواب
يعني يستحقها بذكر الحقوق اذا لم يمكنه صرف الطريق في نصيبه اما اذا امكن فلا يستحق بذكر الحقوق
والمراد بذكر الحقوق اي مطلقا بان قال هذا لك بحقوقه اما لو قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل
مايه فانه يثبت هذه الحقوق لانها اثبتت بابلغ وجوه الاثبات كذا في مبسوط قاضي ابي زيد وحاصله
ان امكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو اما ان ذكر الحقوق او لا فان لم يذكر لا يدخل الحقوق ولا تفسخ القسمة
وان لم يمكن فان ذكر الحقوق يدخل الحقوق ولا تفسخ القسمة وان لم يذكر الحقوق لا يدخل الحقوق وتفسخ
القسمة وصورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ما البيت على سطح
الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكرا طريقا ولا مسيل ما وصاحب البيت

تعذر ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ويسيل ماه في ذلك فان اراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل
ماه على ما كان فليس له ذلك سوا شرط ان كل واحد له ما اصابه بكل حق له او لا بخلاف البيع فانه
لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق لم يدخلا والفرق
ان المقصود في البيع ايجاب الملك وقصد المشتري ان يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل
الا ان ذلك خارج عن المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق تسمية البيت الا بذكر الحقوق والمرافق فاما
المقصود من القسمة فتمييز احد الملكين من الاخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه
لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز نصيب احدهما من الاخر
من كل وجه فلهذا لا يدخلان في القسمة ولو لم يكن له مفتح للطريق ولا مسيل ما فان كانا ذكرا في القسمة
ان لكل واحد منهما ما اصابه بكل حق هو له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مايه على
سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكرا الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا
وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود من البيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وان تعذر
عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل كمن اشترى مهرا صغيرا او جحشا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان
لا ينتفع المشتري فاما القسمة فالمقصود منها ايصال كل الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن مفتح الى
الطريق ولا مسيل ما فهذه القسمة وقعت على الضرر فلا يجوز الا ان يذكر الحقوق والمرافق فيستدرك
به علمنا انهما قصدا ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمهما ان القسمة لا تصح بدونهما في هذا
الموضع كذا في المبسوط **قوله** وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق **قوله** باعتباره
اي باعتبار التكميل وفيها اي في القسمة وباعتباره اي باعتبار الافراز كما لا يدخل الطريق الذي في
نصيب الاخر من غير تنصيص بذكر الحقوق لرعاية جانب تكميل المنفعة بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها
بدون التنصيص لان المقصود فيها الانتفاع الا يرى انه لو استاجر جحشا او ارضا سبخة للزراعة لا يجوز
لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة **فان قيل** فعلى هذا ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل
داره لم يذكر الحقوق لتصحيح القسمة كما لو استاجر ارضا يدخل الشرب والطريق بدون ذكر الحقوق
والمرافق لتحصيل المنفعة **قلنا** هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تناوله الاجارة ولكنه وسيلة
الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما يجب اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب والطريق توفير
المنفعة عليهما فاما ههنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل بما هو
نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الاخر لتضرر به الاخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه
وانما دليل رضاه اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخلان بدون ذكر الحقوق والمرافق كذا في المبسوط
وكذا الحاكم الشهيد في المختصر انهما يدخلان بدون ذكر الحقوق فعلى هذا احتاج الى الفرق **قوله**
ولو اختلفوا اي الشركا او الورثة في رفع الطريق والمراد من الرفع ان لا يدخلوا الطريق في القسمة
فقال بعضهم لا يرفع وقال بعضهم يرفع نظر الحاكم فيه فان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسمه
بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق تكميل المنفعة بدونه **قوله** ولو اختلفوا في مقداره اي مقدار الطريق
جعل على عرض باب الدار الاعظم وطوله والمراد بالطول هو الطول من حيث الاعلى لا الطول من حيث
المشي وهو ضد عرضه لان ذلك الطول انما يكون الى حيث ينتهي بهما الى الطريق الاعظم وفايدته قسمة ما
ورا الطول من الاعلى حتى لو اراد بعضهم ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب له ذلك
لان الهوى فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول
الباب يمنع من ذلك لان قدر الطول من جانب الهوا مشترك والبنا على الهوا المشترك لا يجوز من غير رضى

الشركا وان كان زادضا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لابد لذلك من الزراعة ولا يجعل الطريق مقدار
ما يمر ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا احتاج الى العجلة فيودي الى ما لا يتناهى
كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيره والمحيط وقالت الايمة الثلاثة يعتبر في قدر الطريق ما يدعو الحاجة
اليه في الدخول والخروج بحسب العاده **قوله** واذا كان سفل لا علو له الى اخره في الذخيرة
صورته علو مشترك بينهما بدون سفل وسفل مشترك بينهما بدون علو وسفل وعلو مسترك بينهما
فطلبا القسمه من القاضي فعند محمد يقسم على قيمة السفل والعلو فان كانت قيمتهما على السوا يحسب
ذراع بذراع وان كان قيمة احدهما ضعف قيمة الاخر يحسب من الذي قيمته على الضعف ذراع
بذراعين من الاخر حتى يستويا في القيمه وعند الايمه الثلاثة لا يجبر الابي من القسمه على القسمه وعندنا
يقسم كما ذكر في الكتاب **قوله** الا في المرافق اذا المرافق تختلف باختلاف الازمان والامكنة ثم
اختلفا اي ابو حنيفه وابو يوسف على عادة اهل عصره فابو حنيفه اجاب بنا على ما شاهد من عادة
اهل الكوفه في تفضيل السفل على العلو ابو يوسف اجاب بنا على ما شاهد من عادة اهل بغداد
من التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات في ذلك البلدان
فقال يقسم على القيمه **قوله** هو اختلاف معنى اي حجة وبرهان فابو حنيفه يقول منفعة السفل
ضعف منفعة العلو لان فيه منفعة السكنى والبنا فانه لو اراد ان يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب
العلو منعه من ذلك ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي السكنى فانه لو اراد ان يبني على علوه علوا
اخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك والمعتبر في القسمه المعادله في المنفعة وابو يوسف يقول
لصاحب العلو ان يبني على علوه اذا كان لا يضر كما ان لصاحب السفل ان يحفر سردابا في السفل اذا
لم يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيجعل ذراع بذراع ومحمد يقول العلو والسفل بنا المعادله
في قسمه البنا بالقيمه يتيسر ولان في بعض البلدان يكون قيمة العلو اكثر من قيمة السفل كما في مكه ومصر
وفي بعض البلدان على العكس كما في الكوفة وقيل في موضع يكثر الندوة في الارض يختار العلو على السفل
وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل وربما يختلف ذلك باختلاف الاوقات ولا يمكن
اعتبار المعادلة الا بالقيمه **قوله** والفتوى اليوم بقول محمد كذا في المبسوط والذخيره والمغني
والمحيط وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله** في مسئلة الكتاب اي في الفصلين احدهما ان يكون بينهما
سفل بلا علو وعلو بلا سفل فاراد القسمه فعلى قول ابي حنيفة يقابله خمسين ذراعا من ساحة السفل
مايه ذراع من ساحة العلو وعلى قول ابي يوسف يقابله كل ذراع ذراع والثاني ان يكون بينهما
بيت لسفله علو وسفل لا علو له وعلو لا سفل له فعند ابي حنيفة يجعل بازا مايه ذراع من العلو
الذي لا سفل له ثلاثه وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل الى اخر ما ذكر في الكتاب **فان
قيل** كيف يقسم العلو مع السفل قسمه واحدة عند ابي حنيفة وعنده البيوت المتفرقه لا تقسم
قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحده **قلنا** موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة وان كانا
في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة لكن طلبوا من القاضي المعادله فعند ابي حنيفة القسمة
على هذا الوجه حالة التراضي **قوله** فبلغت اي الستة والثلاثون والثلثان مع الثلاثة والثلاثين
والثلث مايه فصح ما قاله ان مايه ذراع من العلو المجرد يقابله ثلاثه وثلاثين وثلث ذراع من الثلث
الكامل هذا فبلغت مايه ذراع **قوله** اختلف المتقاسمون بان قال احدهم بعض نصيبي في يد اخر
وانكر الاخرون **قوله** وبه اي بقول محمد قال الشافعي وملك واحمد **قوله** واليه مال بعض
المشايخ الى قول الطحاوي وبه قال الاصطخري من اصحاب الشافعي رحمهما الله تعالى • والله اعلم •

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان وقوع الغلط والاستحقاق من العوارض اخر ذكرهما **قوله** اشهد على نفسه بالاستيفا او اقر
بالاستيفا هكذا فسره في المبسوط **قوله** لا تصدق الا بحجه لان الظاهر عدم وقوع الغلط كالمشتري اذا
ادعى الخيار لنفسه بسبب الشرط **قوله** استحلف الشركا لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا استحلفوا
لرجا النكول فمن حلف لم يكن له عليه سبيل لتناقض المدعي فانه اذا اشهد على نفسه بالاستيفا
فبعد ذلك دعواه بقا حقه في يد اخر تناقض فينبغي ان لا تسمع دعواه كذا في المبسوط وفتاوى قاضي
خان **قوله** واليه اشار من بعد وهو قوله وان اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على
نفسه تحالفا ففي هذا اشاره الى انه تقبل دعواه فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفا لان عدم التحالف
عند عدم التحالف عند الاشهاد على الاستيفا لم يكن الا لان التناقض يمنع صحة الدعوى لوجود موجب
التحالف وهو الاختلاف في المقدار **قوله** ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت بدعوى الغلط في التقويم
على نوعين نوع يصح ونوع لا يصح يعتبر الصحيح ما لو ادعى الغلط في التقويم بغبن يسير فلا يصح دعواه
سوا حصلت القسمة بالقضا او بالتراضي لان الاحتراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن ولانه يودي الى ما
لا يتناهى لانه يمكنه ان يدعي مثل ذلك في كل قسمه والصحيح ما لو ادعى الغلط في التقويم بغبن فاحش
بان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين ان حصلت القسمه بالقضا لانه يمكن الاحتراز
عنه ولا يودي الى ما لا يتناهى وان حصلت القسمه بالتراضي لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب فعن
الهند واني لقايل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن الفاحش في
البيع من المالك لا يسمع ولا ينقض البيع اما البيع من غير المالك ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي
ولقايل ان يقول يسمع لان المعادله شرط في القسمه والتعديل في الاشيا المتقاربه يكون من حيث القيمه
فاذا ظهر في القيمه غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد ياخذ بالقول
الاول وما ذكر يدل عليه وبعض مشايخ عصره بالقول الثاني كذا في الذخيره وفي فتاوى قاضي خان
جعل القول الاخير اولى وبه قال الفضلي وعند الشافعي لم تقبل دعواه في القسمه بالتراضي كما ذكر
الصدر الشهيد وبالقضا يقبل **قوله** وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد وفيه خلاف الشافعي
وقد مر في الدعوى **قوله** اذا اختلفا في الحدود بان قال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبه
قوله تحالفا ونقضت القسمة بعده وبه قال الشافعي واحمد وقال ملك القول لصاحب اليد

فصل

قوله رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وبه قال ملك وقال ملك ان كان
الشي المستحق تافها يسيرا رجع بنصف قيمة ذلك دراهم او دنانير ولا يكون بذلك شريكا لصاحبه وان كان
اشهب رجع بنصف نصيب صاحبه سوا كان المستحق قليلا او كثيرا او فيه المضرة او لا مضرة فيه ولا
ينقض القسمة ذكره في الجواهر وقال ابو يوسف يفسخ القسمة وبه قال الشافعي **قوله** وهكذا
ذكر في الاسرار وفي النهاية وصفه الحواله هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسله في الاسرار مذكوره
في الجزء السابع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشايع غير مرة وكذا في الذخيره والكافي وغيرهما
وقيل يمكن ان يحمل على اختلاف النسخ **قوله** ولو استحق بعض شايع في الكل يفسخ بالاتفاق اختلف اصحاب
الشافعي قال ابن ابي هريرة يبطل القسمة في المستحق ويكون في الباقي قولان في تفريق الصفقه وقال ابو اسحق
يبطل في الكل قولا واحدا وقال ملك لم تبطل القسمة واتبع كل وارث بقدر ما صار اليه ان قدر على قسمه
ما بيده من ذلك وهو الاصح روي عن ابن سماعة انه كتب الى محمد يساله ان قوله مع ابي حنيفة او
مع ابي يوسف فقال محمد قولي مع ابي حنيفه **قوله** يتعدم معنى القسمة اي في النصيبين **قوله**

خلاف المعين لان في استحقاق بعض معين يقع الافراز فيما وراه لكن يبقى له ولاية الرجوع **قوله**
وصورة المسلة اى المسله المذكوره في الكتاب لا المسلة المستشهد **قوله** ان شاء رجع برفع ما في
يده وفي المبسوط انما رجع على صاحب المقدم اذا اختار امضا القسمه لانه لو استحق جميع المقدم يرجع
على شريكه بنصف ما في يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع بنصف نصف ما في يده ردت القسمة اى اذا
لم يودي الورثه الدين اما لو اداو والابراء لان حق الغرما في ماليه التركه لا في عينها وبه قال مالك وفي
الثاني ان قلنا ان القسمة تميز الحصص لم يبطل القسمه وان لم يقض الدين بطلت القسمة وان قلنا انه بيع التركه
قبل قضا الدين قولان وفي قسمتها قولان وفي الذخيرة لو ظهر وارث اخر او موصا له بالثلث او الربع وما
اشبه ردت القسمه لانه ظهر انه في التركه شريك اخر وقد اقتسموا دونه وكذا لو ظهر الموصى له
بالالف المرسله الا اذا قالت الورثه نحن نقضي حق الغرما وحق الموصى له بالالف المرسله اما في الوارث
الاخر والموصى له بالثلث او الربع ليس لهم ذلك لان حق الوارث الاخر والموصا له بالثلث في عين التركة
فلا ينتقل الى مال اخر الا برضاهما وحق الغريم والموصى له بالالف المرسله في الماليه لا في عين التركه وفي
ذلك مال الوارث والتركه سوا ولهذا قالوا لو كان مال اخر لم يدخل في القسمه ليس للغريم والموصى
له بالالف المرسله حق نقض القسمه بل يعطى حقهما منه واختلف اصحاب ملك في ظهور وارث اخر
او موصى له بالثلث قال ابن القاسم ان كانوا عالمين بوارث اخر لا يصح القسمه وان لم يكونوا عالمين
والتركه عين اخذ من كل ما ينوبه وقال عبد الملك واشهب فالقسمه جايزه في الوجهين وله الخيار ان
شا اجاز القسمة واخذ ما ينوبه من كل وان شا رد القسمة فيجمع سهمه في محل اذا كانت التركه دارين
وان كانت اكثر استونفت القسمة واذا كان في التركه دين وطلبوا من القاضي القسمة والقاضي يعلم
بالدين وصاحب الدين غايب فان كان المال مستغرقا بالدين لا يقسم القاضي لانه لا ملك لهم في التركة
وان كان غير مستغرق فالقياس ان لا يقسمها ايضا لان الدين شاغل لكل جزء من اجزا التركة حتى لو هلك
جميع التركه الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول ابي حنيفة ولكنه استحسن وقال
قلما تخلو تركه عن دين يسير ويصح ان يقف عشرة الالف بدين عشره فالاحسن ان ينظر للفريقين فيقف
من التركه قدر الدين ويقسم مراة للحقين وفيه نظر للميت من حيث ان ورثته يقوم بحفظ ما يصيبه
من ذلك ويكون مضمونا عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه ولا ياخذ كفيلا بشي من ذلك قبل
هذا قول ابي حنيفه اما عندهما ياخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوما للقاضي سالهم القاضي عن الدين
فان قالوا لا فالقول لهم ويقسم القاضي لتمسكهم بالاصل وهو فراغ الذمة عن الدين ولان المال في
ايديهم فالقول لصاحب اليد فلو ظهر دين نقض القسمه لانه تبين ان القسمه قبل ادايها فان اداها
ما بعد قضا الدين كذا في المبسوط والذخيره **قوله** دينا في التركه قيد به لانه لو ادعى عينا من
من اعيان باي سبب كان بالشرا او الهبة او غيرهما لا يقبل دعواه كما يجي بعد هذا اذ الدين تعلق بالمعنى
دون الصورة ولهذا للورثه حق الايفا من محل اخر فلم يكن من ضروره الاقدام على القسمة عدم الدين
فلو اقام بينه فله ان ينقض القسمة ولم يكن قسمته ابرا من الدين لما ذكرنا انه ليس من ضروره الاقدام
على القسمة عدم الدين وفي الذخيره اقر رجل ان فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يقل لهم او
لورثته ثم ادعى بعد ذلك انه اوصى له بالثلث او ادعى دينا عليه يقبل ولو قال ترك ميراثا لورثته
او لهم والمسلة بحالها لا يقبل لانه لما قال لهم او لورثته كان اقرارا بان لا دين عليه ولا حق لغيرهم
بعد ذلك دعوى الوصية او الدين تناقضا

فصل في المهاياة

لما
فرغ من بيان قسمة الاعيان شرع في بيان قسمة الاعراض والمهاياه لغة مشتقه من الهيئة وهي الحالة

الظاهره

الظاهره للمتهيئ للشي والتهيو تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وفي الحقيقه ان
يتراضوا بهيئة واحدة يعني الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الاخر والمهاياة بابدال
الهمزة الفا لغه ايضا وشرعه هي قسمة المنافع **قوله** جايزة استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها مبادلة
المنفعة بجنسها لان احد الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن
ترك القياس بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهاياة
واما السنه فما روي ان رجلا خطب تلك المراة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له صلى الله عليه
وسلم ما ذا تصدقها قال نصف ازاري هذا قال اذا جلست يوما في بيتك لم تلبسه هي ولبست يوما وحرجت
فيه وهذا هو المهاياه هذا هو تفسير المهاياه ولانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر كل بعير
بين ثلاثه نفر وكانوا يتناوبون في الركوب ولان الحاجه ماسة اليها فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع
مشتركا وقد يكون المحل لا يقبل القسمه عينا ولا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج الى التهايو
ثم اختلف العلما في كيفيه جوازها قال بعضهم ان جرت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوته تفاوتا
يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياه ولو طلب
احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر على المهاياه وعند الشافعي لم يجبر وعنه في وجه يجبر وان
جرت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهما لما ان
المهاياه قسمة المنافع معتبر بقسمة الاعيان وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف
وفي الجنس المتحد افراد من وجه مبادلة من وجه كما بينا فلا ينفرد احدهما بالقسمة ولكن اجبر
عليه بطلب احدهما لان التفاوت يسير وكذا في قسمة المنافع وقيل ان المهاياه في الجنس الواحد
من الاعيان المتقاربة تفاوتا يسيرا يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لان المهاياه جايزه في
الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد لانها تكون مبادلة المنفعة
بجنسها وانه يحرم النسا والاول اصح لان العارية ما يكون بغير عوض وهذا بعوض لان كل واحد
يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه وانما يكون بشرطه ان يترك صاحبه عليه في نوبته
وانما لم يحرم النسا لان القياس ان لا يحرم النسا بوجود احد وصفي علة الربا للنقد لان الدين مع العين مستويا
في العدد الا ان للعين فضلا في الجودة لان العين افضل من الدين واجود منه والجودة لا يحرم عند وجود
وصفي علة الربا فلان لا يحرم عند وجود احد وصفي علة ربا الفضل اولى الا انا اثبتنا هذه الحرمة عند
وجود احد وصفي الربا بالنص على خلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه فيعمل في
المبادلة من وجه بقضية القياس كذا في المبسوط والذخيرة **قوله** في طايفه اي في ناحية من الدار
ويجبر الممتنع بطلب احدهما وبه قال الشافعي ومالك وفي المبسوط لو انهدم العلو فلصاحبه ان يسكن
مع صاحب السفل لانه انما رضي لسقوط حقه في السفل بشرط سلامة سكنى العلو ولم يسلم فكان هو على حقه
في السفل وورثته في ذلك بمنزلته **قوله** في هذا الوجه افراز لجميع الانصبا قيد به لانه اذا
اتحد زمان زمان الاستيفا في مكانين يتحقق معنى الافراز واما اذا كان التهايو في الزمانين في مكان
واحد لا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل كالمستقرض عن الاخر في نوبته فكان مبادلة لا افرازا ولهذا لا
يشترط فيه التاقيت وهذا ايضاح ايضا انها افراز اذ لو كان مبادلة لشرط التاقيت كما في الاجاره
لانه تمليك المنافع بعوض كالاجارة **قوله** شرط ذلك في العقد او لم يشترط هذا القيد احتراز
عن قول ابي علي الشاشي فانه قال لو تهايا بالسكنى ولم يشترطا الاجارة لم يملك كل واحد اجارة
منزله لانه ذكر في بعض الروايات تهايا على ان يسكن هذا منزلا معلوما وهذا منزلا معلوما وعلى

ان يواجر كل واحد منزله وما كل غلته فهذا دليل على انه لو لم يشترطا الاجارة لا يملك اذ لو ملك
لم يكن لاشتراط الاجارة فايدة قال شمس الايمة ظاهر المذهب انه يملك الاجارة شرطا او لم يشرطا
لان المهاياة قسمة المنافع فما يصيب كل واحد منهما يحصل مستحقا له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة
جنس واحد لا تفاوت بمنزلة قسمة المكيل والموزون فيملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة شرط
او لم يشرط كذا في الذخيرة **قوله** في المكان اعدل لان كل واحد ينتفع في زمان واحد غير متقدم
لاحدهما على الاخر وفي الزمان اكمل لان كل واحد ينتفع بجميع الدار في نوبته وفي المكان ينتفع بالبعض
قوله على ان يخدم هذا اي هذا الشريك وهذا في محل النصب بالمفعولية و **قوله** وهذا
العبد بالرفع وكذا الاخر بالنصب والاخر الثاني بالرفع جاز عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد وبه قالت
الايمة الثلاثة **قوله** وهكذا روي عنه اي كما قال بعض المشايخ روي عنه وحاصل مسايل التهايو
في العبيد هو ان التهايو في استخدام عبد واحد من غير استغلال يجوز بلا خلاف وكذا في العبدين على
الاصح يجوز بلا خلاف واما التهايو في العبد من حيث الاستغلال لا يجوز بالاتفاق وفي العبيد
من حيث الاستغلال عندهما خلافا له على ما يجي **قوله** تهايا في دارين اي على السكنى والغلة
ونقول لما قالت الايمة الثلاثة **قوله** وقد قيل وهو قول الكرخي **قوله** لما قلنا وهو قوله
اعتبارا بالقسمة لانه بيع السكنى اي التهايو في الدارين بيع السكنى بالسكنى وهو غير جايز على ما مر
في الاجارات وقد ذكرنا جواب هذا في ظاهر الرواية من الذخيرة ان حرمة النسا عند وجود احد
وصفي الربا بخلاف القياس الى اخر ما ذكرنا وفي الايضاح وذكر ابو الحسن الى ان معنى قول ابي حنيفة ان
الدور لا تقسم معناه ان لا يفعل القاضي فلو فعل جاز وعلى هذا القول القسمة في الاصول جايز كذا في المهايا
قوله تقلّ في المنافع لان السكنى يعتبر فيه الصلاحية وقلما يقع فيه التفاوت فصارت الدور
كالاعيان المتقاربة في حق التهايو فيجري فيه الجبر **قوله** ويعتبر افرازا وهذا جواب عما روي عن ابي
حنيفة انه لا يجوز انما يكثر التفاوت اما التفاوت فيكثر في الاعيان لان قسمة الاعيان باعتبار القيمة وقيمة
البنا يختلف اختلافا بينا فيكثر التفاوت فالتحق بالاعيان المختلفة في حق القسمة فصارت مبادلة فلا
يجبر **قوله** اجر في المغرب رجلا اي احتقر **قوله** تحملها على صيغة بنا المفعول ونقول لما قالت
الايمة الثلاثة **قوله** ولو زادت الغلة اي في الدار الواحدة وفي الذخيرة اغلت احدى الدارين
دون الاخرى وليس الذي لم تغل داره ان يشارك الاخر في الغلة لان الذي اغلت انما اغلت لنفسه
دون شريكه فلو اجرها بغير اذن شريكه كانت الغلة له فبإذنه كذلك ويكون الغلة طيبا له لان
الاجارة حصلت باذن الشريك وفي الدار الواحدة اذا تهايا في الغلة فاغلت في نوبة احدهما
اكثر فالفضل بينهما لان معنى الافراز في القسمة في الدارين راجح على معنى ان كل واحد يصل الى المنفعة
والغلة في الوقت الذي يصل اليه صاحبه مما يستوفيه كل واحد عوض عن قديم ملكه استوجبه بعقد
مسلم له وفي الدار الواحدة اذا تهايا في الاستغلال زمانا واحدهما يصل الى الغلة قبل وصول الاخر
اليها وذلك لا يكون قضية للقسمة فيجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في اجارة نصيب صاحبه
وما يقبضه كل واحد يجعل عوضا فيما يقبضه صاحبه من عوض نصيبه والمعاوضة تقتضي المساواة
فعند التفاضل ثبت التراجع فيما بينهما ليستويا وبه قال الشافعي في قول **قوله** غلتها في
نوبة اي على الغلة و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى اخره **قوله**
وكذا يجوز في العبدين اي يجوز التهايو في استغلال العبدين عندهما وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله**
اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايو في استغلال العبد الواحد لا يجوز

بالاتفاق

بالاتفاق فاولى ان لا يجوز في العبدين التهايو في الاستغلال وهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح في
غلة العبدين لان كل واحد يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز ذلك كما في التهايو في الخدمة
وفي غلة الدارين فاما في العبد الواحد معنى المعاوضة يغلب لانه يصل احدهما الى الغلة
قبل وصول الاخر وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة الاخر فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع
من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل وبه فارق عليه الدار الواحدة لان
الغالب فيها السلامة كذا في المبسوط و **قوله** والتهايو في الخدمة جوز ضرورة هذا جواب
اشكال يرد على قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر الى اخره **بان قيل** لو كان كذلك لما
جاز في الاستخدام ايضا حيث يجوز التهايو في استخدام العبد الواحد بالاتفاق في جميع الروايات وفي
العبدين على الاصح على ما مر **فقال** في جوابه والتهايو في الخدمة جوز ضرورة هذا جواب
اشكال يرد على قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان
قسمتها اي قسمة الغلة يعني لكون الغلة عينا وفي بعض النسخ لكونه على تاويل الاخر وفي الكافي
ههنا اثنا عشرة مسئلة في ستة لا يصح بالاتفاق وفي ستة يصح بالاتفاق وفي اربعة خلاف **قوله**
والوجه ما بيناه في الركو وهو قوله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستغلال يتفاوت
الى اخره **قوله** ترد القسمة عليها اي على الاعيان فلم يتحقق الضرورة فلا يجوز التهايو لذلك
فان قيل يشكل بما اذا تهايا في البان جاريتين مشتركتين بينهما على ان ترضع هذه ابن هذا والاخرى
ابن الاخر تستنير حيث يجوز ذكره في الذخيرة مع ان اللبن عين **قلنا** البان بني ادم بمنزلة المنافع لانها
لا قيمة لها الا عند العقد بطريق التبعية فتحققت الضرورة كما في الخدمة اما البان الحيوانات اعيان
ولها القيمة بلا عقد فلم يجز المهاياة فيها اليه اشار في الذخيرة وفيها امة بين رجلين خاف كل صاحبه
عليها فقال احدهما عندك يوما وقال الاخر بل نضعها على يدي عدل يجعل عند كل واحد منهما يوما
ولا توضع على يدي عدل قال مشايخنا يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع الا في هذه فانه لا يحتاط
لحشمة ملكه **قوله** ان يبيع حصته اي من الشجر والغنم

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها ثم المزارعة من
المكاسب فكانت المحاسن والاسباب المذكورة في البيوع مذكورة هنا وما ذكر في الكتاب من معنى
المزارعة لغة وشرعا اغنانا عن ذكره وما سوى ذلك ظاهر **قال** ابو حنيفة رحمه الله المزارعة
باطلة وبه قال الشافعي ومالك وفي الحلية لا يجوز المزارعة على بياض ارض لا شجر فيها والمزارعة
والمخابرة واحدة وبه قال ابو حنيفة وهو قول مجاهد والنخعي وعكرمة وابن عباس في رواية ومن
اصحابنا من قال المزارعة غير المخابرة فالمخابرة ان يكون من رب الارض الارض ومن الاكار البذر
والعمل والمزارعة ان يكون الارض والبذر من واحد والعمل من اخر وفي التتمة يجوز المزارعة
على الارض التي بين النخيل للمساقاة على النخل ويزارعه على الارض ويكون البذر من صاحب الارض
تبعا للمساقاة وقيل ان كان النخل قليلا والبياض كثيرا لم يجز **قوله** بالثلث والربع قيد به مع
انها لا تجوز عنده في جميع الصور تبركا بلفظ الحديث فانه جا في الحديث نهى عن المخابرة قيل وما المخابرة
قال المزارعة بالثلث والربع وحصر في الحديث لما كان العادة في ذلك الوقت او قال ذلك لبيان
التقدير فالمزارعة فاسدة بالاجماع **قوله** اي ابو يوسف ومحمد جاز وبه قال احمد اذا كان
البذر من صاحب الارض وكثير من اهل العلم وعلي وسعد وابن مسعود وال ابي بكر وال علي وعمر
ابن عبد العزيز وابن سيرين وابن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهري

وعبد الرحمن بن ابي ليلى وابنه ومعاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد لما روي انه صلى الله عليه وسلم عامل
اهل خيبر بشطر ما يخرج منها من الزرع وثمر متفق عليه ثم بعد النبي صلى الله عليه وسلم عامل ابو بكر وعمر
وعثمان وعلي ثم اهلوهم الى اليوم وكان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي ازواجه مائة وسق من خيبر ثمانون
وسقا تمرا وعشرون وسقا شعيرا فقسم عمر خيبر فخير ازواجه صلى الله عليه وسلم بين ان يقطع لهن من الما
والارض او يمضي لهن الوسق فمنهن من اختار الارض ومنهن من اختار الوسق فكانت عائشة رضي الله
عنها اختارت الارض لانه اي الزوايد على تاويل الزوايد لا اثر هناك للعمل اي لعمل الراعي والحافظ
فيها اي في الزوايد بل يحصل الزيادة بالسقي والرعي والحيوان يباشرها باختياره فيضاف اليه لانه
فعل فاعل مختار ولا يضاف الى المعير فلم يبق شركة مع انه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر فاما ههنا
فلعمل الزارع تاثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان فافترقا ولابي حنيفة رحمه الله
ما روي رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ان بعض عمومته اتاه
فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان لنا نافعا وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم
انفع قلنا ما ذاك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له ارض فليزرعها ولا يكريها
بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى وعن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة باسا حتى سمعت رافع بن خديج يقول
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة وهذه كلها
احاديث صحاح متفق عليها والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار
لمعالجته الخبار وروى البخاري تفسير المخابرة بالمزارعة عن زيد بن ثابت وابو داود باسناده عن
زيد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة قال ان ياخذ الارض بنصف
او ثلث او ربع ولانه اي عقد المزارعة استيجار ببعض ما يخرج بدليل انه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك
من خصايص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وقد مر صورته
في الاجارة ولان الاجر معدوم او على تقدير ان لا يخرج من الارض شيء او اصابته آفة او ان ذلك الاجر لا
يثبت في الذمة فيكون معدوما بخلاف ما لو استاجر شيا وليس في ملكه شيء لوجود الاجر في الذمة **قوله**
او مجهول على تقدير وجود الخارج لعدم العلم بان الثلث او الربع اي مقدار من الاقفزة عشرة او اقل
او اكثر وعلى التقديرين في وجود الاجرة خطر وكل واحد من المعنيين يمنع صحة الاجارة **قوله**
ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة فان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو
ان يوظف الامام كل سنة على مال كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم بني نجران كل سنة بالف وماتي
حلة ستماية في رجب وستماية في محرم وخراج مقاسمة وهو ان يقسم الامام ما يخرج من الارض كما صالح
رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر على ان للمسلمين النصف من ثمارهم وزروعهم ولهم النصف
وبعث ابن رواحة يخرصها او بطريق المن وللامام راي في الارض الممنون بها على اهلها ان شاء جعل
عليها خراج الوظيفة وان شاء جعل خراج المقاسمة وله ان ياخذ الكل فعلم ان الشطر الذي يدع النبي
صلى الله عليه وسلم اليهم بطريق المعونة وللامام راي فيه كذا ذكره المحبوبي وقد اجمعنا على ان المزارعة
لا تصح الا ببيان المدة المعلومة وقد صح انه صلى الله عليه وسلم قال لاهل خيبر اقركم ما اقركم الله آمركم
على ما امركم الله ولم يبين مدة معلومة فلم يدل على صحة المزارعة الحديث فلم يبق حجة قال ابن قدامة في
المغني احاديث رافع مضطرب تارة حدث عن بعض عمومته ومرة عن سماعه وتارة يقول اخبرني عماي
فاذا كانت اخبار رافع هكذا وجب طرحها ويعمل بالحديث الوارد في شان خيبر ولان حديثه فسر بما لا يختلف
في فساده فانه قال كنا نكري الارض على ان لنا هذه ولهم هذه فربما اخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فاما

الذهب والورق لم ينهنا متفق وفي لفظه فاما بشيء معلوم مضمون فلا باس وهذا خارج عن محل الخلاف
فلا دليل ولا تعارض ولان خبره ورد في الكري بالثلث او بالربع والنزاع في المزارعة وحديثه الذي فيه
المزارعة يحمل على الكري ايضا لان القصة واحدة رويت بالفاظ مختلفة فيجب تفسيره بما يوافق الاخر
ولانه لو صح خبره وامتنع تاويله وتعذر الجمع لوجب حمله على انه منسوخ وحديث خيبر انه يستحيل القول
بنسخه لانه عمل به الخلفاء الراشدون بعد النبي صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده واما حديث جابر في النهي
عن المخابرة يجب حمله على احد الوجوه التي حمل عليها حديث رافع فانه روى حديث خيبر ايضا فيجب الجمع بين
حديثيه ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر وكذا القول في حديث زيد بن ثابت ولو قال
اصحاب الشافعي يحمل احاديثكم على الارض التي بين النخيل واحاديث على الارض البيضاء جمعا بينهما قلنا
هذا بعيد لان خراج خيبر اربعون الف وسق فيبعد ان يكون بلده كبيرة والرواة رووا القصة على العموم
من غير تفصيل ولان ما ذكروه يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما اجيب عن
كلامه ان ما ذكره غير مسلم لما ذكرنا ان حديث خيبر لا يدل على جواز عقد المزارعة وذلك بطريق الجزية
او خراج المقاسمة وما قال ان حديث رافع مضطرب غير قوي لان الحديث بالاضطراب في الفاظه
مرة كذا ومرة كذا لا يرد وما قال من النسخ ليس بصحيح لان النسخ يقتضي المعارضة وحديث خيبر لا يدل على
جواز المزارعة فكيف التعارض وقوله خارج عن محل الخلاف غير صحيح لان الخلاف في المنهي لا بالكري بشيء
معلوم وفي الجملة جواب كلامه ان حديث خيبر لا يدل على جواز المزارعة لما ذكرنا وانما اولوه اصحاب
الشافعي على تقدير التسليم لما ان النهي جاء في المزارعة بلفظها صريحا وفي الايضاح ولا يصح الاستدلال
بالمضاربة لان معنى الشركة فيها اغلب حتى صح عقد المضاربة بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدا من
العمل والمال جميعا وعقد الشركة ينعقد على محض العمل كما في شركة الاعمال وفي المزارعة معنى الاجارة
اغلب على شرط بيان المدة فيها فلم يكن المضاربة نظير المزارعة وفي الكافي والحيلة في جواز المزارعة
والمساقاة عند ابي حنيفة رحمه الله ان يستاجر رب الارض العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت
المدة يستوجب الاجر سواء حصل الخارج اولا ثم يتراضيان بعد الخارج فيجوز ذلك **قوله** واذا فسد
عنده اي اذا فسد عقد المزارعة عند ابي حنيفة لانه عقد المزارعة في معنى اجارة فاسدة لانه نماء ملكه
اي ملك صاحب البذر ولا يلزم ما لو غصب البذر وزرع فالخارج للزارع لا لصاحب البذر لانه نماء ملكه
لان الغاصب هذا عامل لنفسه باختياره وكسبه فاضافة الحادث وهو الخارج الى عمله اولى اما ههنا
فالعامل عامل لغيره بامره فيجعل العمل مضافا الى الامر فيبقى البذر اصلا كما لو وقع البذر بنفسه ونبت
كذا في الايضاح و**قوله** كما فصلنا اشارة الى قوله اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الى اخره
قوله كما في الاستصناع **فان قيل** التعامل على خلاف النص باطل **قلنا** الواردة في
المجتهدات صورا النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحمل النصوص على ما اذا شرط شرطا مفسدا
ولما روي انهم كانوا يشترطون فيها شيا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك وذلك مفسد عندنا
وقد روى الطحاوي عن زيد بن ثابت انه قال يغفر الله لرافع بن خديج انا والله اعلم بالحديث منه وانما
جاء رجلان من الانصار الى النبي صلى الله عليه وسلم قد اقتتلا فقال صلى الله عليه وسلم ان كان هذا شانكم
فلا تكروا الارض فعلم ان الكراهة لنفي الشر منهم وكان الطحاوي رجح قولهما وهذا اكثر اصحاب الحديث
قوله والثالث بيان المدة ذكر بيان المدة مطلقا ولم يبين مقداره ولا شك ان المدة القليلة التي
لا تصلح للزراعة لا يصح لعدم الفائدة ولا مدة طويلة لا يعيشان اليها كانت بمنزلة التابيد فلا يصح ايضا
فلا بد من ذكر مقدار المدة وفي الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة بقول الى سنة او سنتين وما اشبهه

ولو بين وقتا لا يدرك الزرع فيها تفسد المزارعة وكذا لو بين مدة لا يعيش احدهما اليها غالبا تفسد ايضا لانه يصير في معنى اشتراط العقد الى ما بعد الموت وذكر ابو علي النسفي مشايخنا قالوا في الاجارة الطويلة التي تعقد الى ثلاثين سنة ان كان لا يعيش الى مثلها احد العاقدين غالبا بان كانا كبيرين او احدهما لم يجز لان الغالب كالمتيقن كما في المقصود يحكم بموته بموت اقرانه بحسب الغالب وان كان في قدرة الله تعالى ان يعيش الى اخر الدهر وقال الخصاف وبعض المشايخ اجاز ذلك كما في النكاح اذا بين مدة سنة فلا يصح ذلك في ظاهر الرواية ويجعل ذلك بمنزلة نكاح موقت وعن محمد بن سلمة ان المزارعة بلا بيان المدة تصح وتقع على زرع واحد واختاره ابو الليث وبه قال ابو ثور وعن احمد يجوز بلا بيان المدة لانها عقد جائز غير لازم وعند اكثر الفقهاء لازم **قوله** لانه اي عقد المزارعة عقد على منافع الارض اي ان كان البذر من العامل او منافع العامل اي ان كان البذر من صاحب الارض وبه صرح في المبسوط والمدة هي المعيار لها اي للمنافع ليعلم اي العقد بها اي بالمدة وفي المبسوط المدة معيار للمنفعة كالكيل وهذا بخلاف المضاربة فان هناك المال بالتصرف لا يصير مستهلكا فلا حاجة الى اثبات صفة اللزوم لذلك العقد وهنا البذر يصير مستهلكا فيحتاج الى القول باللزوم لدفع الضرر من الجانبين ولا يكون ذلك الا بعد اعلام المعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل ان كان من جهة رب الارض **قوله** الرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة لان المعقود عليه يختلف باختلافه كما ذكرنا ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تفضي الى المنازعة وهذا اذا لم يذكر العطا يدل على ان البذر من قبل من هو اما اذا ذكر العطا يدل عليه فذلك يكفي ذكر ابن رستم عن محمد من قال لغيره اجرتك ارضي هذه سنة بالنصف او قال بالثلث جاز والبذر على المزارع لان الاجرة تكون على المستاجر فهذا بيان ان البذر على المزارع ولو قال اجرتك لتزرع ارضي هذه بالثلث جاز والبذر على رب الارض اما لو قال ارضي اليك مزارعة بالثلث لا يجوز اذ ليس فيه بيان من عليه البذر وعن بعض مشايخ بلخ بيان من عليه البذر انما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر ان البذر على من اما اذا كان العرف مشتركا او موضع فيه عرف ظاهر لا يشترط لان المعروف كالمشروط كذا في الذخيرة وعند احمد والشافعي اذا كان البذر من رب الارض يصح المزارعة وان كان من جهة العامل لا يصح فحينئذ لا يحتاج لصحته الى بيان من عليه البذر منهما وبه قال ابو يوسف ومحمد وطائفة من اهل الحديث وفي المغني لابن قدامة هو الصحيح لانه صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على ان يعملوها من اموالهم فظاهره ان البذر من اهل خيبر والاصل المعول عليه في صحة المزارعة هذا الحديث **قوله** فما يقطع الى اخره لانه اذا اشترط فيها ما يقطع سمي اجارة محضة والقياس ما في جواز الاجارة المحضة باجر معلوم وعن هذا قلنا اذا شرط صاحب البذر ان يرفع بذره من الخارج والباقي بينهما تفسد المزارعة بلا خلاف لان الارض ربما لا يخرج الا قدر البذر ولو شرط صاحب البذر قدر العشر من الخارج والباقي بينهما يصح المزارعة لان هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج لان الخارج وان قل يكون له عشر وهو الحيلة لصاحب البذر اذا اراد ان يصل اليه ان يشترط قدر البذر باسم العشر او الثلث او ما اشبهه والباقي بينهما **قوله** والشرط بيان جنس البذر قال شيخ الاسلام هذا قياس وفي الاستحسان ليس بشرط ويفوض الامر الى المزارع وقال في موضع اخر بيان جنس البذر شرط من غير ذكر قياس واستحسان وهذا اقرب الى الصواب الا اذا عم بان قال ما بدا لك وكان البذر من جهة العامل او قال ما بدا لي وكان البذر من رب الارض وان لم يكن شيء

من ذلك فسدت المزارعة ولو زرعها مع الفساد ينقلب العقد جائزا لان جنس البذر صار معلوما كذا في الذخيرة **قوله** ليصير الاجر معلوما لان الاجر جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير **قوله** وهي اي المزارعة على اربعة اوجه فوجه الانحصار الاستقرائي لان قيام المزارعة على اربعة اشيا وهي الارض والبذر والبقر والعمل وهو امر محسوس ويعلم منه وجه الانحصار ولان المزارعة بين العامل ورب الارض فلا يخلو من ان يكون اكثر الاربعة من رب الارض وهو البذر والبقر او لا فان كان جازت المزارعة وهو الوجه الثالث وان كان من العامل جازت وهو القسم الثاني بقي وجهين ان يكون البذر من واحد والبقر من واحد فان كان البذر من صاحب الارض والبقر من العامل جازت ايضا وهو الوجه الاول وان كان البقر من رب الارض والبذر من العامل لا يجوز وهو الوجه الرابع هذا الانحصار على رواية القدوري اما اذا كان الامشتركا والبذر او البقر مشترك منهما فوجوهها كثيرة ثم الاصل في هذه المسائل ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانما تنعقد اجارة على منفعة الارض او على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان الشرع لم يرد به حتى لو عقد ثلاثة من واحد الارض ومن واحد البذر ومن واحد البقر والعمل او اربعة ومن الرابع البقر لا تصح المزارعة وبه قالت الايمة الثلاثة وقد روى مجاهد ان اربعة اشتركوا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فقال احدهم علي الفدان وقال الاخر علي البذر وقال الاخر علي العمل وقال الاخر علي الارض فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والغى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيا ولان استيجار البقر ببعض الخارج لا يجوز قياسا لجهالة الاجرة وفي استيجار العامل ببعض الخارج القياس هكذا الا انه جاز باثر رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر ولتعامل الناس وفي استيجار غيرهما لا اثر ولا تعامل فلا يجوز قياسا لجهالة الاجرة واستيجار الارض ببعض الخارج باثر عمر وبالتعامل ايضا ولما كان كذلك ما وجد من صورة عدم الجواز من قبيل استيجار غير الارض والعامل اذا كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يجعل احدهما تبعا للاخر ولكن المنظور فيه وهو استيجار غير الارض وغير العامل ببعض الخارج وما وجد من صور الجواز من قبيل استيجار الارض والعامل وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة اليه اشار في الذخيرة وجامع فخر الاسلام **قوله** ليخيط ثوبه بابرته وهو صاحب الثوب ثمرة اي ثمرة المستاجر **قوله** فكذا اذا اشترط البقر على رب الارض وحده كما في جانب العامل ولانه عرف **قوله** كل ذلك خلق الله تعالى وهذا رد على المعتزلة وتنبيه على انه من اهل السنة فان عند المعتزلة الافعال الاختيارية من الحيوان منه لا من الله تعالى والا فهذا الكلام في هذا المقام مستغن عنه فلم يتجانسا اي منفعة الارض ومنفعة البقر لانهما مختلفان فتعذر ان تجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض فلما لم تجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر مقصودا في المزارعة وهذا لا يجوز كما لو كان من احدهما البقر وحده والباقي من الاخر حيث لا يجوز بالاتفاق **قوله** وجهان اخران اي كلاهما فاسدان لم يذكرهما صاحب القدوري احدهما الى اخره وفي شرح الطحاوي والمبسوط انما لا يجوز لان صاحب البذر مستاجر للارض ولا بد من التخلية بين المستاجر وبين ما استاجر في عقد الاجارة وتنعدم التخلية هنا لان الارض تكون في يد العامل فيفسد العقد وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل **قوله** والخارج لصاحب البذر في الوجهين وفي بعض النسخ في روايه وفي المبسوط فيه هنا اشكال وهو انه اوجب لصاحب

الارض اجر مثل ارضه ولم يسلم ارضه الى صاحب البذر ومنفعة الارض كلها مسلمة الى صاحب
البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم يخرج الارض شيا لان عمل العامل بامره في القا بذره
لعمله بنفسه فيستوجب اجر المثل عليه في الوجهين هذا الفساد المذكور فيما اذا دفع بذرا الى
صاحب الارض على ان يزرعه في ارضه على ان الخارج بينهما نصفان اما اذا قال لا ان الخارج لصاحب
البذر وهو جائز وصاحب الارض متبرع له في العمل معين لارضه لانه ما اشترط بازاء منافعه ومنافع
الارض عوضا فيكون متبرعا بذلك كله والحيلة في الجواز ما ذكره في الذخيرة ناقلا عن النوازل
ان رب الارض يشتري نصف البذر منه ثم يبريه البايع من ثمنه ثم يقول انا ازرعها على ان الخارج
بيننا نصفان ويكون بينهما وفي الشرط اولى وقيل الحيلة ايضا ان ياخذ الارض من ربها مزارعة
ثم يطلب من صاحب الارض ان يعمل من غير شرط واما حيلة ما اذا كان البقر من واحد فرواية
عن ابي يوسف للتعامل كما ذكرنا و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه عقد على منافع الارض
الى اخره فهي باطلة اي المزارعة ولا خلاف فيه وكذا في شرطيه الخارج بينهما شائعا وكذا في
اشتراط رفع البذر وكذا اذا شرط الخراج والارض خراجية يعني لا خلاف فيه للائمة الثلاثة
وفي الذخيرة هذا اذا كان خراجهما خراج وظيفة بان يكون دراهم او دنانير او قفيزا معينا
اما لو كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث او الربع لا تفسد المزارعة بهذا
الشرط بخلاف ما اذا شرط صاحبه البذر من الخارج لنفسه وهذا هو الحيلة التي ذكرناها
الماذيانات جمع الماديان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول فارسي معرب وقيل ما
يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول دون النهر
كذا في المغرب فيكون كلاهما واحدا ويحتمل ان يكون بينهما فرق لذلك اورد بما يعطف احدهما
على الاخر ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة لان الخبر الصحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ قيل
الماذيانات الانهار التي خارج الزرع والسواقي الانهار الصغار في الزرع وقيل هي اوسع السواقي
قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن اي لا تصح المزارعة فكان الحب والتبن كله لصاحب
البذر كما هو الحكم في المزارعة الفاسدة كذا في المبسوط **قوله** تحكيما للعرف في الذخيرة
تحكيم العرف عند الاشتباه واجب لان التبع يقوم بشرط الاصل اي بصفة الاصل كالجندي
مع الامير والمولى مع العبد في نية الاقامة **قوله** لانه اي لكون التبن لصاحب البذر حكم
العقد حتى لو سكتا عن التبن كان التبن له مع الشرط اولى لانه شرط موجب العقد وبه لا يتغير صفة
العقد **قوله** وان شرط التبن للاخر اي لغير صاحب البذر وفي نسخة وان شرط التبن للاخر فسدت
المزارعة لانه شرط يخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع الشركة فربما يصيبه آفة ولا ينعقد الحب
فلا يخرج الا التبن لانه اي العامل يستحقه اي ما شرطاه شركة والحكم في الشركة في الربح اذا لم يوجد
الربح لا شي للعامل فكذا ههنا **قوله** وان كانت اي المزارعة اجارة ابتداء فالاجر مسمى اي
معين فلا يستحق غيره اي غير المسمى ولا يشكل بما اذا كانت الاجرة عينا في الاجارة وهلكت الاجرة
قبل التسليم يجب على المستاجر اجر المثل ينبغي ان يكون كذلك فيما نحن لان الاجر العين هناك هلك قبل
التسليم وههنا بعد التسليم لان العامل قبض البذر الذي يتفرع عليه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه
والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم لا يجب شي فكذا ههنا كذا في جامع المحبوبي **قوله** وعند محمد
له اجر مثله بالغا ما بلغ وبه قال الائمة الثلاثة وقد بيناه في الشركة وقد مر في الاجارات وفي النهاية
في الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في الاجارة الفاسدة فيمن استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة

قوله م

فاسدة ثم قال فالواجب اقل مما سمى ومن اجر المثل وهذا خلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى غير معلوم فلم يصح الحط فعلم ان محمدا لا يبلغ اجر المثل بالغا
ما بلغ في الاجارات الفاسدة كلها و **قوله** كما مر في الاجارات يدل ان مذهبه في جميع الاجارات
الفاسدة كذلك وليس كذلك اجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان
الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وفي الكافي وقد مر في الشركة وهذه حواله بلا تغيير **قوله**
ولا مثل لها اي لمنافع الارض يجب عليه قيمتها كما في العقد الصحيح **قوله** هو على الخلاف ذكرناه
وهو ان لا يزاد على ما شرط عندهما خلافا لمحمد **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض اصحابنا فانهم
قالوا معنى قول محمد فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر اي يغرم له اجر مثل الارض المكروبة فاما
البقر لا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا كان او فاسدا ووجوب اجر
المثل لا يكون بدون الانعقاد والمانع لا يتقوم بدون الانعقاد ولكن الاصح ان عقد المزارعة من جنس
الاجارة ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد
فيجب اجر مثلها كما يجب اجر مثل الارض كذا في المبسوط **قوله** اوجب خبثا فيه اي في الفضل لانه
فضل زرع خرج له من ارض غيره باجارة فاسدة ثم في هذه الصورة اذا لم يخرج الارض شيا
فللعامل اجر عمله كذا في الذخيرة قال شيخ الاسلام مع تمكن الخبث في منفعة الارض وجب التصدق
بالزيادة ومتى تمكن الخبث في منفعة العامل لا يجب لان العمل وهو التبذير والسقي لم يتصل بالزرع لان
التبذير لما وجد انقضى والسقي يكون بفتح الجداول وذلك انقضى فلم يتصل بالزرع وان اتصل حكما
من حيث انه لا بد من العمل لحصول الزرع كما لا بد من منفعة الارض وانفصال الخبث في العمل من وجه لا
يوجب التصدق كما لو تصرف في الدراهم الحاصلة بالعقد الفاسد اما الخبث بسبب الفساد في
منفعة الارض اتصل بالخارج حقيقة وحكما لان منفعة الارض متصلة بالخارج من اول ما نبت الى وقت
الادراك فاوجب التصدق كما لو تصرف في العين المشتراة بشراء فاسد **قوله** لم يجبر عليه هذا
قبل القاء البذر لا يمكنه الفسخ الا بعذر لضرورة العقد لازما من الجانبين وقد بينا ان العقد لازم
عند الفقهاء اما اذا امتنع العامل اجبر على العامل في قول العامة الا في رواية عن احمد ان العقد غير
لازم عنده وقبل القاء البذر يخير صاحب البذر بين الامضاء والفسخ لانه لا يتوصل الى الوفاء به
الا باتلاف البذر وفيه ضرر عليه فلا يجبر على ذلك كما لو استاجر اجيرا ليهدم داره **قوله**
الا اذا كان عذرا الى اخره وفي فتاوى العتابي لو كان المزارع سارقا يخاف منه لرب الارض ان يفسخه
ولا شي له اي للعامل اي لو امتنع رب المال من العقد والبذر منه قبل القاء البذر لا شي للعامل
في عمل الكراب لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد قوّمه بجزء من الخارج ولا خارج بعده فلا يستوجب
شيا ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره
قال مشايخنا هذا الجواب في الحكم اما ديانة نفتي بانه يعطيه اجر مثل عمله لانه انما اشتغل بالعمل ليحصل
له نصيب من الخارج فاذا اخذ منه الارض بعد العمل فقد غره والغرور مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه
كذا في المبسوط **قوله** كما في الاجارة في المبسوط والذخيرة هذا جواب القياس وفي الاستحسان
يبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع معناه يبقى بلا اجارة مبتداة حتى لا يجب الاجر على المزارع
لا تبقى عقد المزارعة نظرا للمزارع لان عقد المزارعة لو لم يبق لقلع ورثة رب الارض الزرع فيتضرر
المزارع به وهو غير متعد في هذه الزراعة وعند الائمة الثلاثة يبقى العقد وقد مر في الاجارات
الاختلاف مع وجهه **قوله** بدين فادح اي ثقيل يقال فدحه الامر اثقله و **قوله** لم صاحب

الارض صفة دين كفادح وكان صفة بعد صفة فاحتاج رب الارض الى بيعها اى مع الارض جاز اى
اى الفسخ يعنى الدين الفادح يصير عذرا فى فسخ عقد المزارعة لان فى المضى على العقد يلحقه ضرر وهو الحبس
فان الحقه ضرر فى اتلاف ماله بالقائده له الفسخ فيلحق الضرر فى نفسه وهو حبسه فى الدين اولى
اذ البيع قد يمنع صحته فى الابتدا لدفع الضرر بان باع جذعا فى سقف وكذا اذا اجر ما يلحقه ضرر فى
تسليمه لا يلزم الاجارة فكذلك ههنا تنعدم صفة اللزوم بعذر الدين لدفع الضرر كذا فى المبسوط
وفى الذخيرة لا بد لفسخ المزارعة من القضا او الرضا على رواية الزيادات لانها فى معنى الاجارة
وعلى رواية مزارعة المبسوط والجامع الصغير لا يحتاج الى الرضا او القضا فبعض المشايخ اخذوا برواية
الزيادات وبعضهم برواية الاصل ثم لو طلب من القاضى الفسخ قبل البيع لا يجيبه بل يبيعها
نفسه ويثبت الدين عند القاضى حتى يمضى بيعه وينتقض العقد حكما **قوله** ليس للعامل ان
يطالبه بما كرب الى قوله لم يجب شى وهذا هو الموعود وهذا الجواب بهذا التعليل انما يستقيم
ان لو كان البذر من قبل العامل اما لو كان من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله لان البذر اذا كان
من قبل العامل يكون مستاجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فبقى
عمله من غير عقد فلا يتقوم على رب الارض اما اذا كان البذر من رب الارض فيكون هو مستاجرا
للعامل فكان العقد واردا على منافع العمل وتتقوم منافعه وعمله على رب الارض فيرجع عليه باجر
مثل عمله كذا فى الذخيرة **قوله** ولو نبت الزرع الى اخره لم يذكر فى الكتاب اذا زرع العامل
ولم ينبت ثم لحق لرب الارض دين فادح ما حكمه وفى الذخيرة اختلف المشايخ فيه قال ابو بكر العتا
له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين مال قائم لان البذر استهلاك ولهذا قالوا لصاحب
البذر فسخ المزارعة لانه لا يحتاج فى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له فى الحال وحصوله فى الثانى
غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وقال الشيخ ابو اسحق الحافظ ليس له ذلك لان التبذير
استنما لا استهلاك الا ترى ان الاب والوصى يملكان زراعة ارض الصبى مع انهما لا يملكان استهلاك
ماله فاذا كان كذلك كان للمزارع عين مال قائم وفى فتاوى العتابى لو اجاز العامل البيع والبذر منه
فله حصة البذر مبذورا فيقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فله حصة الفضل من الثمن ولو
كان البذر من رب الارض فباعه قبل النبات لا يدخل البذر بدون ذكره وقيل ان حفر فى الارض
يدخل وان سقاه المشترى حتى نبت وادرك فهو للبايع والمشترى متطوع ولو باع رب الارض الارض
ولم يفسد بدون اجازة المزارع او المستاجر او المرتهن ليس لهم نقض بيعه لان ضررهم يندفع بالتوقف
وكذا للبايع وللشفيع ان ياخذها ويقوم مقام المشترى فى التوقف وكذا لو اجرها رب الارض بعد
الزرع او قبله والبذر من المزارع يتوقف على اجازته كالبيع **قوله** ان كان حبسه وفى بعض النسخ
بالدين **قوله** واذا انقضت مدة المزارعة قيد بالانقضا احترازا عن مسئلة الموت كما يجى **قوله**
معناه اى التبقية للزرع عليهما حتى يستحصد وفى المغرب احصد الزرع واستحصد حان له ان يحصد
فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه اى فيما اذا انقضت المدة **قوله** فهو متطوع كما اذا انفق احد
الشريكين على المال المشترك **فان قيل** مضطر فى الانفاق لانه يحيى حق نفسه فلا يوصف
بالتبرع **قلنا** غير مضطر لانه يمكنه الانفاق بامر القاضى ولانه غير مجبر على الانفاق لان له ولاية اخذ
الزرع بقلا كما يجى كذا فى الذخيرة والمبسوط لم يكن له اى لرب الارض ذلك اى بعد انقضا المدة **فان**
قيل كما ان فى هذا اضرارا بالمزارع فكذا فى قلع المزارع اضرار برب الارض ومع ذلك لا يجاز للمزارع
قلعه ذكره فى المبسوط انفا **قلنا** المزارع لو لم يقلع الزرع يسلم لرب الارض اجر مثل نصف الارض

ثم هو مع ذلك كان فى المطالبة بالقلع متعنتا قاصدا الى الاضرار بالمزارع فيرد عليه قصده اما
المزارع انما يترك الزرع لدفع الضرر عنه وقد رضى بالتزام الضرر ولانه نظر لنفسه فى هذا من وجه
فانه يمتنع اجر مثل نصف الارض مخافة ان لا يفى نصيبه منه بذلك اليه اشار فى المبسوط بعد وجود
المنهى وهو مضى المدة **قوله** لم يجبر والى اخره لما بينا وهو ان فى ابقا العقد بعد وجود المنهى
نظرا للعامل **قوله** على الخيارات الثلاث القلع او اعطا قيمة نصيب المزارع او الانفاق على الزرع على
ما بينا وهو قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الى اخره اجرة الحصاد الحصاد بفتح الحا وكسرها لغتان
وقرى بهما فى قوله تعالى واتوا حقه يوم حصاده واما الرفاع فهو ان يرفع الزرع الى البيدر والكسر لغة
فيه والدياس ان يوطى بقوائم الدواب او يكر عليه المدوس يعنى يجرجر حتى يصير تبنا والدياس صقل
السيف واستعمال الفقها اياه فى موضع الدياسة جائز قال الازهرى ديار الكدس ودواسه واحد كذا فى
المغرب فان شرطاه اى فى العقد على العامل فسدت المزارعة وعند الشافعى لا يفسد لانه يدون الشرط على
العامل وكذا لو شرطا على رب الارض وكذا لو شرطا فى العقد عملا ليس من اعمال المزارعة على العامل او رب
الارض فسدت لان المزارعة تنعقد اجارة والاجارة تفسد بمثل هذا الشرط فكذا المزارعة اما لو شرطا
ما كان من اعمال المزارعة على العامل لا تفسد لانه شرط يقتضيه العقد وشرط ما يقتضيه العقد تاكيد
العقد لا افساده والفاصل بين عمل المزارعة وبين غيره فان عملا يحتاج به او ينمى او يزيد فى الخارج فهو من
اعمال المزارعة والا فلا وهذا الحكم وهو ان اشتراط الحصاد مفسد ليس بمختص كما ذكرنا وهو انقضا
المدة بل عام فى جميع المزارعات وفيه منفعة لاحدهما كحمل الحنطة الى رب الارض او سقيته او طحنه
قوله وهو اختيار مشايخ بلخ لمحمد بن سلمة وابى بكر البلخى وغيرهما للتعامل والعرف والمعروف كالمشروط
وصار كشرط حذو النعل فى الاستصناع حتى قالوا يجوز بشرط التنقية والحمل الى منزل رب الارض للتعامل
كذا فى الذخيرة **قوله** والمعاملة الى المساقاة فيا هذا ما كان اى الذى كان من العمل قبل ادراك
الثمر كالسقى والتلقيح والحفظ وضرب الجريد واصلاح الاجاجين وسقية السواقى وقطع الحشايش
المضرة على العامل ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة فيه والاجاجين هى الحفر التى يجمع فيها الما على اصول
النخل **قوله** كالجداد الجداد بالدال المهملة القطع والمراد قطع ثمرة النخل وفى المغرب الجزاز
كالجداد بالفتح والكسر الا ان الجداد خاص فى قطع الثمر والاول عام وعند الشافعى واحمد الجداد
والحصاد واللقاط على العامل لانه من العمل كالقسمة وقال الشافعى فى وجه واحمد فى رواية عليهما
قوله ولو اشترط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وعن احمد يجوز وكذا لو
اشترط الحمل الى منزل رب الارض وبه قال بعض الشافعية كما فى قصة اهل خيبر وجوابه مر ان هذا
بطريق المن والجزية **قوله** لانه مال مشترك وكان التدبير فى ملك كل واحد اليه كذا فى المبسوط
وسماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان ولو شرطا الحصاد فى الزرع على رب الارض لم يجز اجماعا
لانه لا عرف فيه ولا من مقتضيات العقد ولا خلاف للائمة الثلاثة ولو اراد فصل القصيل او جد التمر
بسرا فهو عليهما بلا خلاف

كتاب المساقات

اخر المساقاة عن المزارعة وكان من حقها ان تقدم لكثرة قائليها بالجواز ولورود الاحاديث
بجوازها لكثرة وقوع المزارعة فى جميع البلاد ولكثرة تفريع المزارعة بالنسبة الى المساقاة ثم
المساقاة لغة مفاعلة من السقى وفى الصحاح وغيره هو ان يستعمل رجلا فى نخيل او كرم او غيرهما ليسقيها
ويعمل ما يحتاج اليه بجزء من الثمر وفى شرح الطحاوى المساقاة هى المعاملة بلغة اهل المدينة ولهم لغات
يختصون بها يقولون للمعاملة مساقاة وللمزارعة مخابرة وللاجارة بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلاة سجدة

اى عند ابى يوسف ومحمد

ثم اسم المعاملة تقع على حدايق الاعناب والاشجار المثمرة ثم المساقاة فاسدة عند ابى حنيفة وزفر رحمه الله عليهما وعند الشافعى ومالك " خلاف المزارعة وعندهما واحمد واكثر العلما يجوز كلاهما وعند الشافعى ومالك تجوز المزارعة تبعا للمساقاة وشرط التبعية عند مالك ان يكون الاصل ضعف التبع لانه به يتحقق التبعية والمعاملة انما تصح عنده اذا شرط النفقات والمؤن مما يحتاج اليه الثمرة على العامل كلها وقد بينا الوجه من الجانبين في المزارعة **قوله** والمعاملة اشبه بها اى بالمضاربة من المزارعة لان فيه اى في عقد المعاملة الشركة في الزيادة وهو الثمر دون الاصل وهو الشجر كما في المضاربة الشركة في الربح دون راس المال **قوله** وشرط المدة اى شرط بيان المدة فاسد فيه اى في عقد المعاملة لانه استيجار للعامل وفى هذا لا يصير المعقود عليه معلوما الا ببيان المدة فاذا لم يبينا لم يجز وبه قال الشافعى واحمد الا انه ينبغى ان يكون اقل المدة ما يمكن ادراك الثمر فيه وبه قال احمد واختلف اقوال الشافعى في اكثر مدة الاجارة والمساقاة قال في موضع سنة وقال في موضع الى ثلثين سنة وقال ابن قدامة في المغنى وهذا تحكم وقال في موضع الى ما شا وبه قال احمد ومالك واكثر العلما **قوله** وفى الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج وبه قال ابو ثور وبعض اصحاب الحديث لان لادراكها وقت معلوم عادة والثابت عادة كالثابت شرطا فصارت المدة معلومة وان تقدم وتاخر فذلك يسير لا يقع بسببه منازعة عادة وقد مر ان العقد تناول اول ثمرة ينبت المتيقن لا ما وراه فلو انقضت تلك السنة ولم يخرج الثمر فيها انقضت المعاملة **قوله** لان له اى لادراك البزر نهاية معلومة عند المزارعين والبزر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها يعنى لو دفع رطبة قد انتهى حدادها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على ان البزر بينهما نصفان ولم يبينا وقتا جاز استحسانا كذا في المبسوط **قوله** بخلاف الزرع اى يشترط في المزارعة بيان المدة لان ابتداء اى ابتدا الزرع قد يكون في الخريف او الصيف او الربيع وما يزرع في الربيع يدرك في اخر الصيف وما يزرع في الخريف يدرك في اخر الربيع وما يزرع في الصيف يدرك في اخر الخريف فلجهالة وقت ابتدا عمل المزارعة يصير وقت انتهايه مجهولا وهذه جهالة مفضية الى المنازعة فلا يجوز الا ببيان المدة بخلاف النخيل والكروم لان ابتدا الثمر مما لا يتقدم ولا يتاخر ولو تقدم او تاخر كان يسيرا لا يعتبر على ما ذكرنا فلا يفضى الى جهالة انتهايه **قوله** غرسا قد علق بكسر العين ومعنى علق بالفارسية بيخ كرفت ولم يبلغ الثمر اى لم يبلغ الغرس الثمر معاملة على ان يقوم عليها ويسقيها فما خرج فهو بينهما نصفان فهى فاسدة وبه قالت الايمة الثلاثة الا ان يبينا المدة لانه اى الغرس يتفاوت بحسب ذلك بتفاوت الارض في القوة والضعف **قوله** على ان يقوم عليها اى الى ان يذهب اصولها ويقطع نباتها او اطلق في الرطبة بان دفع النخيل او اصول الرطبة على ان يقوم عليها معاملة مطلقا تفسد المعاملة لانه ليس لانقطاعها نهاية معلومة سوا قيد بذهاب اصولها او اطلق حتى كانت لجزازها وقت معلوم يجوز العقد بلا بيان المدة ويقع على الجزه الاولى اما في النخيل لو قيد بقوله ويعتكها الى ان يذهب اصولها لا يجوز ولو اطلق جاز ويقع العقد على اول ثمر يخرج ذكره في الذخيرة والمبسوط والايضاح **قوله** لما بينا في المزارعة وهو قوله ولا تصح المزارعة الى قوله الا ان يكون الخارج بينهما مشاعا تحقيقا لمعنى الشركة **قوله** لا يخرج الثمر فيها اى الوقت على تاويل المدة فسدت المعاملة وبه قالت الايمة الثلاثة لان المقصود منها الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون مفسدا للعقد **قوله** جازت اى المعاملة وبه قال الشافعى في وجه واحمد في رواية لعدم التيقن بفوات المقصود فيكون مفسدا للعقد **قوله**

جازت الى المعاملة وبه قال الشافعى في وجه واحمد في رواية لعدم التيقن بفوات المقصود ولا يعتبر توهم عدم الخروج لان ذلك التوهم يتحقق في كل معاملة ومزارعة بان تصطلم افة وقال الشافعى في وجه واحمد في رواية لا يصح لانها عقد على المعدوم وليس الغالب وجوده كالسلم في مثل ذلك **قوله** فللعامل اجر المثل وبه قال الشافعى في الاصح واحمد في الاصح ايضا وقال الشافعى في وجه واحمد في رواية لا يجب شى كانه رضى بالعمل بغير عوض فصار كالمتبرع وهو اختيار المزنى وقلنا انه رضى بعوض وهو جزء من الثمر وذلك غير موجود فتعذر تسليمه كان له اجر مثله في كل صورة فساد المعاملة يجب اجر المثل على هذا الخلاف **قوله** لان الذهاب بانه يعنى بما حدث من الافة لا يتبين ان الثمار لا تخرج في المدة المذكورة فلم يتبين المفسد فبقى العقد صحيحا وموجب الشركة في الخارج ولا خارج فلم يكن لواحد على صاحبه شى **قوله** وقال الشافعى لا يجوز في الجديد وقال في القديم يجوز في جميع الاشجار المثمرة وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد واحمد والثورى وابو ثور والاوزاعى ولا يجوز الشافعى في البطاط قولا واحدا وقال داود لا يجوز الا في النخيل خاصة لان الخبر انما ورد في النخيل خاصة وعن مالك انه جوز المساقاة في المقاثى والبطيخ والباذنجان كمذهبنا والشافعى يقول الاثر ورد في النخيل والكروم لانه عامل اهل خيبر فيهما **قوله** واثر خيبر لا يخصهما اى النخل والكرم لانه روى انه صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع او ثمر ولفظ الثمر عام في كل ثمر ولا جافى لفظ بعض الاخبار انه صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر ولفظ الشجر عام ولو كان كما زعم اى الشافعى ان اثر خيبر مخصوص بهما فالاصل في النصوص التعليل ولكن لا بد من اقامة الدليل على ان هذا النص في الحال معلول وعنده يجوز التعليل بكل وصف اعم مما ذكرنا و**قوله** غير متعد به ومتعد به ايضا وكانت وجوه التعليل عنده اكثر فكان هو اولى بالتعليل لحاجة الناس **قوله** على ما بينا اى في المزارعة لم يجبر صاحب البذر على العقد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلزمه وهو اتلاف بذره وههنا رب الكرم في المضى على العقد لا يحتاج الى اتلاف شى من ماله فيلزمه العقد من الجانبين ثم عذر صاحب الكرم ان يلحقه دين فادح وعذر العامل ان يمرض ولا يقال ينبغى ان يومر العامل في مرضه بان يستاجر رجلا ليقيم على عمله لان في ذلك ضررا به لم يلتزمه بالمعاملة فاذا في ابقا العقد ضرر عليه فوق ما التزمه يصير ذلك عذرا كذا في المبسوط **قوله** والثمر يزيد به اى بالعمل جاز وبه قال مالك والشافعى واحمد في رواية وابو ثور وقال الشافعى في قول واحمد في رواية لا يجوز لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لانه صلى الله عليه وسلم عامل على الشطر مما يخرج وهذا يستحق بالعمل عينا موجودا فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمر فانه لا يجوز بلا خلاف وقلنا العامل يستحق بالعمل فاذا كان لعمله اثر يجوز وان لم يكن فلا وبعد الانتها لا اثر لعمله فلو جوزناه لكان استحقاقا بالعمل ولم يرد به الشرع فلا يجوز اما قبل الانتها لعمله اثر فيكون في معنى المنصوص بل اولى لانه اذا جازت في المعدوم مع كثرة الضرر فمع الموجود اولى وقد بيناه فيها اى في الاجارة **قوله** استحسانا وفى القياس تنتقض المعاملة فيها اى بين صاحب الارض وبين العامل نصفان اى فيما اذا كان العقد على المناصفة لانتقاض العقد بموت احد المتعاقدين كما لو نقضا العقد حال حياتهما وفى الاستحسان يقوم العامل عليه كما كان حتى يدرك وان كره الورثة لان في انتقاض العقد اضرارا بالعامل وابطالا لما هو مستحق وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك ولو انتقض العقد كلف بالجذاذ قبل الادراك وفيه

ضرر عليه ولما جاز نقض العقد لدفع الضرر لان يجوز بقاه لدفع الضرر اولى ولو التزم العامل
الضرر وقال انا اخذ نصف البسر فله ذلك لان بقا العقد لدفع الضرر عنه فاذا التزم الضرر
انتقض العقد بموت رب الارض الا انه لا يملك الحاق الضرر بالورثة فيثبت الخيار لهم بين الاشيا
الثلاثة كما ذكر في الكتاب وقد بيناه في المزارعة في قوله ان اراد المزارع ان ياخذه بقلا الى اخره
قوله وهذا خلافة في حق مالي جواب سوال مقدر وهو ان يقال خيار الشرط لا يورث
واذا ثبت للمورث فكيف يثبت هذا الخيار الثابت للمورث للورثة فقال هذا خلافة مالي يعني
خلافة فيما هو حق مالي مستحق عليه وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك كذا في المبسوط **قوله**
لان الشجر لا يجوز استيجاره حتى لو اشترى ثمارا على رؤس الاشجار ثم استاجر الاشجار الى وقت الادراك
لا يجوز وقد مر في البيوع ويبتني عليه فرق اخر وهو ان هناك العمل عليهما بحسب ملكيهما في الزرع
لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل لا يستوجب العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وههنا
العمل على العامل في الكل لانه لا يستوجب رب النخل عليه اجرا بعد انقضا المدة كما قبلها فيكون
العمل كله عليه الى وقت الادراك كما قبل انقضا المدة **قوله** وفي هذا اي فيما اذا انقضت المدة
قوله وقد بيناه في الاجارات السعف جريد النخل يتخذ منه الزنبيل والمراوح **قوله** لم يجز
ذلك اي هذا العقد وبه قالت الايمة الثلاثة لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو
الارض كما لو دفع النخل والشجر ليكون الاصل والثمر بينهما وكما اذا دفع الارض ليزرع ليكون الزرع
والارض بينهما **قوله** وقد تعذر ردها اي رد الغراس للاتصال بالارض يعني لو قطع الغراس
وسلمها لم يكن مسلما لشجر الغراس بل يكون تسليما لقطع خشبه الارض وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم
الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بينه وبين رب الارض نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي باقية
وجب قيمتها وفي المبسوط وكذا لو لم يشترط له من الارض شيا ولكن قال على ان لك علي مائة درهم
او كر حنطة فالعقد فاسد ايضا **قوله** واجر مثله اي فيما عمل لانه ابتغى من عمله عوضا ولم يسلم
له ذلك لانه اي اجر المثل لا بد في قيمة الغراس ليقوم الغراس بنفسها لانه عين مال قائمة واحترز
به عن شي يكون تقومها بالصنعة كجلد الميتة **قوله** وفي تخريجها اي في تخريج هذه المسالة طريق
اخرى اي دليل اخر بان هذا العقد لا يجوز سوى ما ذكرنا من الدليل من طريق قفيز الطحان ذكرناه
في كفاية المنتهى وهو طريق شراء رب الارض نصف الغراس نصفها وجميعها لا للاعتبار بمعنى الاستيجار الذي
هو في معنى قفيز الطحان فقد ذكر في المبسوط لم يجز ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس بنصف الارض والغراس
مجهول له فلا يجوز ذلك هكذا ذكره بعض المشايخ واما الحاكم في المختصر فيقول تاويل المسالة عندي انه
جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا عن عمله فعلى هذا الطريق اشترى العامل
نصف الارض بجميع الغراس وهو مجهول له فكان العقد فاسدا فالشجر لرب الارض لان العقد في الشجر كان
فاسدا وقد غرسه في ارضه بامره فكان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس
باتصالها بارضه مستهلكا بالعروق فيجب عليه قيمة الشجر واجر ما عمل واجر عمله لانه ابتغى عوضه ولم
ينل ثم قال بعده والاصح عندي ان صاحب الارض استاجره ليجعل ارضه بستانا بالات نفسه على ان
يكون اجره بعض ما يحصل من عمله وهو نصف البستان فصار كما لو استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ
نفسه على ان يكون نصف المصبوغ له وذلك فاسد لانه في معنى قفيز الطحان وهذا لان الغراس الة
جعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فيفسد وبقيت الالة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة
فيلزمه عليه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه لان الغراس اعيان قائمة تقوم

معاملة نصف الارض وشرا
جميع الغراس بمقابلة
نصف الارض ونصف
الخارج فكان
عدم جواز هذا
العقد هناك
لجهالة
[illegible]

بنفسها

بنفسها فلا بد من ادخال قيمتها فيلزمه اجر عمله ايضا لانه ابتغى عنه عوضا ولم ينل وهو معنى قول
الشيخ وهذا اصح اي الذي ذكرناه في الكتاب من طريق قفيز الطحان اصح الطريقين كما ذكر في
المبسوط

كتاب الذبائح

اورد الذبائح بعد
المزارعة لمناسبة خاصة وهي تحصيل الانتفاع بالحي والخبز في المال بالاتلاف الموجود في الحال
ثم الذبح مباح شرعا وغير محظور عقلا وقالت المانوية والديصانية الضلال من المجوس هو محظور
عقلا فلا يرون اباحة ذبح الحيوان قالوا فيه اذهاب الروح الذي هو من اجزا النور وقلنا غير
محظور لما فيه تحصيل الغذا الذي هو المقصود من الحيوانات وهو الادمي فان العقلا اتفقوا على
حسن ايلام المريض بالحجامة ونحوه لو جا شفا يعقبه مع ان هذا ايلام في نفس المكلف وههنا ايلام
في غير المكلف لانتفاع المكلف وبقا مهجته فكان اولى وقال بعض مشايخنا العراقيون ان التذكية محظور
عقلا لكنه نصا قال شمس الايمة وهذا عندي باطل لانه صلى الله عليه وسلم كان يتناول من اللحم قبل
مبعثه ولا يظن انه كان يتناول ذبايح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان
يذبح ويصطاد لنفسه وما كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان محظورا الذبايح جمع
ذبيحة وهي اسم لما يذبح الذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكاة الذبح سمي به لانه يجوز ان
يكون في اللغة ماخوذا من احد الامرين اما من الحدة يقال سراج ذكي اذا كان نيرا غاية لانه حينيذ في
غاية الحدة ويقال فلان ذكي اذا كان سريع الفهم لحدة خاطره ويقال مسك ذكي اذا كان يفوح
عامه واما من الطهارة قال صلى الله عليه وسلم دباغ الاديم ذكاته ويجوز اطلاقه على الذبح
لكلا المعنيين لما فيه من سرعة الموت وطهارة المذبوح عن الدم المسفوح الذي هو نجس كذا في
مبسوط شيخ الاسلام **قوله** فانها تنبي عنه اي الذكاة تنبي عن الطهارة على تاويل التطهير وفي
بعض النسخ تنبي عنها اي عن الطهارة **قوله** او دعوى كالكتابي فان الكتابي يدعي انه صاحب ملة
التوحيد **قوله** لما تلونا وهو قوله تعالى الا ما ذكيتم والاولى في حل ذبيحة اهل الكتاب ما تمسك
به في المبسوط بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان قوله الا ما ذكيتم كما يتناول المسلم
والكتابي يتناول الوثني والمرتد والمجوسي ولا يحل ذبيحتهم باجماع العلما قوله وطعام الذين اوتوا
الكتاب حل لكم والمراد طعام يحققه الذكاة من جهتهم لانه خص الكتابي بالذكر فيما لا يلحقه الذكاة
الكتابي وغيره فيه سوا فعرف ان المراد ما قلنا فصار كما لو نص عليه ثم ذبيحة الكتابي حلال مطلقا
سوا كان قايلا بثالث ثلاثة او بغيره وقال الشافعي في وجه اذا اعتقد ان المسيح والعزير ابن الله
لا يحل ولا تفاوت في كون الكتابي حربيا او ذميا باجماع اهل العلم فلو ترك الكتابي التسمية عمدا او
ذبح وسمى اسم المسيح لم تحل ذبيحته باجماع الفقها واكثر اهل العلم وعن عطا ومجاهد ومكحول اذا
ذبح النصراني باسم المسيح حل لانه تعالى احل لنا ذبيحته وقد علم انه سيقول ذلك ولنا قوله تعالى
وما اهل لغير الله والاية اريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم وقال علي رضي الله عنه اذا سمعتموه يسمي
لغير الله فلا تاكلوه وهو قول عايشة وابن عمر وابي الدردا والحسن في جماعة وفي المستصفى هذا
اذا لم يعتقد ان المسيح الها فاما اذا اعتقد فهو والمجوس سوا فلا تحل ذبيحته وهذا يخالف لعامة
الروايات ولظاهر الكتاب وهو قوله تعالى يا اهل الكتاب لا تغلوا في دينكم مع انهم قالوا المسيح
ابن الله وسيل ابن عباس عن ذبايحهم فقال قد احل الله لكم فقيل انهم يهلون لغير الله فقال ان الله
احل ذلك منهم هو اعلم بما يقولون ولو ذبح الكتابي ما حرم الله عليه مثل كل ذي ظفر قال قتادة هي
الابل والنعام والبط وما ليس بمشقوق الاصابع او ذبح دابة لها شحم محرم عليه يحل عند الاكثر

وحكي عن ملك في اليهودي يذبح الشاة لا يوكل من شحمها قال احمد هذا مذهب دقيق وظاهر هذا
انه لم يره صحيحا لانه تعالى قال وطعام الذين اوتوا الكتاب وهذا ليس من طعامهم وكذا الاحل ما حرم
الله عليه لانه ليس من طعامهم وبه قال الضحاك ومجاهد وسوار ومالك والقاضي الحنبلي وقلنا
المراد من طعامهم من ذبايحهم وهكذا فسره العلما وروى عن عبد الله بن مغفل انه قال دلي جراب من
من شحم من قصر خيبر فنزوت لاخذه فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم الي متفق عليه ولان
المراد من طعامهم لا يجوز ان يكون عاما بالاتفاق لان الخنزير والميتة والدم من طعامهم وهو حرام
بالاجماع ويشنع ابن حزم في ذلك الموضع على مالك ويقول وهذا في غاية الفساد وهذا من تعصبه
وسخافة عقله لانه قال طعامهم فيكون على العموم الا ان الميتة والدم خرجا بالنص والاجماع فبقي ما
وراه على عمومه وهذا الطعن في الحقيقة على بعض المفسرين مثل الضحاك ومجاهد وسوار وقتاده
وما ذكر في باب رده قول لا طايل تحته وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود وعايشة وابي الدردا
وابن عباس وابن عمر وابي امامة الباهلي وعبادة بن الصامت والعرباض بن سارية واكثر الصحابة
واكثر التابعين ثم عند الشافعي كل من دخل في دين كتابي بعد النبي صلى الله عليه وسلم واولاده لا تحل
ذبيحته ولا ذبيحة من خرج من دين كتابي الى كتابي كالمرتد من الاسلام والمتولد من كتابي وغير كتابي على
صيح ودبيحة وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد اذا كان الاب كتابيا والا لا تحل في رواية
عن احمد وفي قول لا يحل تغليبا وعندنا يتبع خير الابوين دينا وقد مر في النكاح **قوله** ان كان
يعقل الذبيحة قيل معناه ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفي نسخة والذبيحة اي يقدر على الذبح
ويعلم شرايط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وصحة القصد بما ذكرنا من قوله يعقل التسمية
والذبيحة ويضبط والمراد من قوله او مجنونا اي معتوها كما ذكر في الحجر هكذا ويحل ذكاة الصبي والمجنون
اذا كانا يعقل الذبيحة وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد واذا كانا لا يعقلان لا يصح وبه قال
ملك واحمد والشافعي في وجه وفي وجه يصح لعموم قوله تعالى الا ما ذكيتم وقلنا الذكاة الذبح
وهو يتحقق ممن له قصد ولا يصح ممن لا قصد له ولا تمييز وهو معنى قوله وصحة القصد بما ذكرنا
وهو يعقل التسمية والقصد والضبط والاقلف والمختون سوا لما ذكرنا من قوله ان شرط الحل
القصد والضبط فيدخل في عمومات النصوص من قوله تعالى الا ما ذكيتم وطعام الذين الاية ولا خلاف
فيه لعامة العلما الا ما روي عن ابن عباس انه قال شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وهو رواية عن
احمد وذبح الاخرس يجوز باجماع العلما ولا خلاف فيه وقلنا الاقلف تارك السنة وهذا لا يخرج عن
كونه ذابحا اهلا له كذا ذكره الخصاف **قوله** ولا يوكل ذبيحة المجوسي وعند بعض اصحاب الظاهر
حكمهم حكم اهل الكتاب وبه قال ابو ثور لانه صلى الله عليه وسلم قال سنوا بهم سنة اهل الكتاب
وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وقالوا الحديث المذكور في الكتاب اخره مرسل ولا حجة في
مرسل قلنا كونه مرسلا غير مسلم فان سفيان رواه باسناده مع ان المرسل حجة عندنا خصوصا
اذا عمل به اكثر الصحابة واكثر التابعين والفقها وموافقا لقوله وطعام الذين اوتوا الكتاب
والمجوس ليس منهم لقوله تعالى انما انزل الكتاب على طايفتين من قبلنا الاية وروى احمد باسناده
انه صلى الله عليه وسلم قال اذا لم تعارس من النبط فاذا اشتريتم لحما فان كان من يهودي او نصراني
فكلوا وان كان من مجوسي لا تاكلوا قال ابرهيم الحربي خرق ابو ثور الاجماع وروي عن ابن المسيب
خلافه ولا خلاف ان صيدهم السمك والجراد مباح اكله **قوله** والمرتد بالجر عطفا على قوله والمجوسي
يعني لا يوكل ذبيحة المجوسي وذبيحة المرتد ولا خلاف ان ذبيحة المرتد لا توكل لانه لا ملة له فكان

كالكافر الاصلي وان كان ارتد الى دين اهل الكتاب فانه غير مقر على ما اعتقده وقد بدل ما كان
عليه فلا ملة له والنكاح والذبيحة مبني على الملة كذا في المبسوط خلاف الكتابي اذا تحول الى غير
دينه اي يوكل ذبيحته عندنا هذا اذا تحول الكتابي الى دين من هو من اهل الكتاب كما اذا تهود
النصراني او تنصر اليهودي اما لو تمجس لا يوكل ذبيحته بلا خلاف وعند الشافعي وداود لا يوكل
ذبيحته اذا تحول الى غير دينه مطلقا لان بخروجه الى غير دينه نقض الذمة فاح قتله وصار كالكافر الاصلي
وقلنا اذا تحول الى دين كتابي فيكون من اهل الملة دعوى حالة الذبح وقتله ويقر على ما اعتقده
والكفر كله ملة واحدة فيحل ذبيحته كذا في المبسوط **قوله** وهذا الصنع اي قتل المحرم الصيد
محرم بالنص وهو قوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم نهي عن الفعل الحسي فيوجب انعدام
المشروعية والذكاة فعل مشروع فلا يكون فعله ذكاة وكذا اذا ذبح غير الصيد لا يحرم على المحرم لان
الاصل حل الذبح والحرمة تثبت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه **قوله** وقال الشافعي
اكل في الوجهين اي في العمد والنسيان وبه قال احمد في رواية وفي الحلية وبه قال ملك وفي
غيرها في المغني لابن قدامة ان عند ملك يحل اذا تركها ناسيا ولا يحل عامدا وذكر في الكتاب عنه
لا يوكل في الوجهين موافقا لرواية المنظومة والمشهور عن احمد مثل قولنا وهو قول ابن عباس
وطاوس وابن المسيب والحسن والثوري واسحق وعبد الرحمن بن ابي ليلى وجعفر وصورة متروك التسمية
عمدا ان يعلم ان التسمية شرط وتركه مع ذكرها اما لو تركها من لم يعلم باشتراطها فهو في حكم الناسي
ذكره في الحقايق **قوله** له اي للشافعي قوله عليه الصلوة والسلم يذبح على اسم الله تعالى الحديث
رواه البرا وعن ابي هريرة سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن من نسي التسمية فقال عليه الصلاة
والسلم كلوا فان اسم الله في قلب كل مومن فعلم ان الملة قامت مقام التسمية وعن عايشة انها
سالت رسول الله النبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب قريب عهدهم الى الاسلام ياتوننا بلحوم فلا ندري
اسموا عليها او لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلم سموا وكلوا رواه البخاري فلو كان التسمية
شرطا للحل لما امرها بالاكل عند الشك فيها ولان التسمية لو كانت شرطا لكانت مامورا بها وفي المامور
لا فرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والاوداج وكالطهارة والتكبير والقراة في الصلاة وانما
يقع الفرق بينهما في المزجورات كالاكل والشرب في الصوم ولانها ذكره لاستصلاح الاكل فكان
ندبا لا حتما كما في الخبز والطبخ والاكل ولهذا احل لنا ذبايح اهل الكتاب وان ذكروا اسم الله
لانهم يريدون غير الله **قوله** نهي وهو ان النهي المطلق للتحريم فيدل عليه قول الله تعالى
وانه لفسق كناية عن الاكل والفسق اكل الحرام ولو كان كناية عن المذبوح فالمذبوح الذي يسمى فسقا
شرعا يكون حراما **فان قيل** النص يحتمل لا يحتمل الذكر حالة الذبح وحالة الطبخ وحالة الاكل
فلم يصح الاحتجاج به **قلنا** حالة الطبخ وحالة الاكل غير مراد بالاجماع بيننا وباجماع السلف
ان المراد حالة الذبح **فان قيل** الذكر يكون باللسان ويكون بالقلب كما في قوله تعالى اقم
الصلاة لذكري وقال صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فيكون المراد
مطلق الذكر سوا كان باللسان او بالقلب وفي حالة العمد الذكر بالقلب موجود بدليل قوله عليه
الصلاة والسلم اسم الله في قلب كل مومن ولان الذكر بالقلب مراد بالاجماع فلا يكون الذكر باللسان
مرادا والا لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز لان الذكر من حيث القلب حقيقة لان ضد النسيان يكون
بالقلب او العموم للمشترك **قلنا** في الاية المراد الذكر باللسان لانه ذكر الذكر عليه والذكر
عليه يكون باللسان فانه يقال ذكر عليه اذا ذكره باللسان واذا ذكره بالقلب يقال ذكره غير مقرون

بكلمة على ولان الذكر عليه ان نقصد ايقاع الذكر عليه وانما نقصد الى الذكر بعد العلم لان القصد الى ما لا يعلم محال وهذا لا يتصور في الذكر بالقلب لانه يحصل بمجرد الوقوع في البال فكيف يتصور القصد الى ايقاعه عليه كذا في المحيط والفوايد الشاهيه واما قوله لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز او عموم المشترك غير مسلم فان الذكر للامرين حقيقة لوجود الاستعمال فيهما عرفا وضد الذكر السكوت ايضا وهو يكون باللسان فكان حقيقة فيهما ولا يلزم عموم المشترك لانه مشترك معنوي وهو المطلق لا المشترك اللفظي **فان قيل** الناسي مخصوص بالاجماع ولو اريد به ظاهره لجرت المحاجه في السلف وظهر الانقياد والنص الخلاف يختص العامل بالقياس وخبر الواحد **قلنا** الناسي غير مخصوص لانه ذاكر بعذر القيام الملة مقام الذكر **فان قيل** في العامد كذلك لقيام الملة مقام الذكر ايضا **قلنا** اقام الملة مقام الذكر في حق الناسي بالحديث وهو معذور مستحق النظر والتخفيف اما العامد غير معذور ولان الناسي لا يخلو من ان يكون مرادا منه او لا فان كان مرادا لا يكون مخصوصا وحينئذ يلزم اراده العامل صونا للنص عن التعطيل وهذا البحث بتمامه مذكور في شرحنا لاصول البزدوي **قوله** فانه صلى الله عليه وسلم قال في اخره اي في اخر حديث عدي اوله قوله عليه الصلاة والسلم اذا ارسلت كلبك وسميت فكل قلت ارسل كلبي فاجد معه كلبا اخر قال عليه الصلاة والسلم لا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك متفق عليه وفي لفظ اخر اذا خالطه كلابا لم يذكر اسم الله عليها وقتلن لا تاكل وروى سعد بن منصور باسناده عن راشد بن سعد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذبيحة المسلم حلال وان لم يسم اذا لم يتعمد **قوله** والسمع غير مجرى على ظاهره جواب عن قول ملك و**قوله** والاقامة في حق الناسي الى اخره عن قول الشافعي وهو معذور لا في حق العامد كما ذكرنا وما رواه الشافعي عن حالة النسيان بدليل ما روي في بعض الروايات وان تعمد لم يحل وحديث سعد بن منصور واما حديث عايشه فدليلنا لانها سالت عن الاكل عند وقوع الشك في التسميه فذلك دليل على انه كان معروفا عندها ان التسمية من شرائط الحل وانما امرها بالاكل بناء على الظاهر ان المسلم لا يدع التسمية عمدا كمن اشترى لحما في السوق يباح له التناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم انه ذبيحة مجوسي وما ذكره من الفرق بين المامور والمزجور غير معتبر فان الاكل في الصلاه مزجور ويستوي فيه النسيان والعمد وكذا الجماع في الاحرام كذلك **قوله** شرط عند الذبح وفي التحفه معنى ان يريد بالتسميه التسمية على الذبيحه اما لو اراد التسميه عند افتتاح العمل لا يحل **قوله** المقدور له في الاول الذبح اي في ذكاة الاختيار فيشترط عند فعل يقدر عليه وهذا لان التسميه تعتبر بفعله والقطع من فعله والاصطياد فعله الارسال والرمي يوبين قوله صلى الله عليه وسلم لانك انما سميت على كلبك شرط التسمية على الكلب والسهم نظير الكلب لانه الة يعمل منفصلا عن صاحبه كذا ذكر شيخ الاسلام ولا خلاف فيه للفقها **قوله** بتلك التسميه لا يجوز ولا خلاف للايمه الثلاثه فيه لان التسميه كانت الاولى لا عليها او اصاب غيره حل اي بلا خلاف لان التسميه هنا على الالة وهي لم تتبدل **قوله** وهذه ثلاث مسايل ففي الاولى يكره من غير تحريم وفي الثانيه يحرم وفي الثالثه حلال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله برفع محمد ولو قال بخفض محمد لا يحل ذكره في النوازل وقيل هذا اذا كان يعرف النحو وقيل على قياس ما روي عن محمد انه لا يرى الخطا في النحو معتبرا في باب الصلاه ونحوها كذا في الذخيره ذكره التمرتاسي لو ذكر مع اسم الله اسم محمد بغير واو واما ان نصب محمدا او برفعه او بخفضه حل في كلها لان اسم الرسول مذكور على غير سبيل العطف فيكون مبتديا لكن يكره لوجود الوصل صورة

وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل وان رفعه يحل لانه كلام مبتدا وان نصبوا اختلفوا فيه وعلى هذا القياس ذكر اسما اخر مع اسم الله تعالى وفي مبسوط شيخ الاسلام ولو قال بسم الله والله اكبر وصلى الله على محمد وان اراد بذكر محمد الاشراك في التسميه لا يحل وان اراد التبرك دون الاشراك يحل **قوله** عن ابنه محمد الى اخره في المبسوط ولا ينبغي ان يذكر مع اسم الله غيره اذا اراد ان يدعو بقول تقبل من فلان وينبغي ان يعد من ذلك على الذبح او يوخره عنه ولا يذكر مع الجزو هو تاويل الحديث **قوله** جردوا التسميه ولانا امرنا بذكر الله عند الذبح تحقيقا لمخالفة المشركين فانهم كانوا يذبحون بالهتهم ويجردون تسمية الهتهم تعظيما فنحن امرنا بتجريد اسم الله تعالى تعظيما له خلافا لصنيعهم وقال صلى الله عليه وسلم موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** او سبحان الله يريد التسميه حل ويفرق ابو يوسف بين هذا وبين التكبير بقوله المامور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهنا المامور به التكبير وهذه الالفاظ لا تكون تكبيرا فلا يكون شارعا انما يكون ذاكرا ولو عطس فقال الحمد لله يريد به التحميد على العطاس وذبح لم يحل في الاصح انما لو قال الخطيب الحمد لله عند العطاس يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر عند ابي حنيفه رحمه الله في روايه ذكره في المبسوط لان هناك المامور به ذكر الله تعالى مطلقا وههنا الذكر على الذبح ولم يوجد **قوله** منقول عن ابن عباس الى اخره وفي الذخيره قال البقالي المستحب ان يقول بسم الله والله اكبر وقال الحلواني المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بدون الواو وقال مع الواو يكره لانه يقطع فور التسميه **قوله** والحلق بين الحلق واللبة وفي المبسوط ما بين اللبه واللحيين والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ما بين اللبة واللحيين وفي رواية قال صلى الله عليه وسلم في الحلق واللبه ولا يجوز الذبح في غير هذا المحل في الذكاة الاختياري باجماع العلما وانما اعاد لفظ الجامع لما ان بين روايه المبسوط والجامع الصغير اختلافا من حيث الظاهر فان روايه المبسوط تقتضي الحل فيما اذا وقع الذبح فوق الحلق قبل العقده لانه بين اللبه واللحيين فيحل وفي رواية الجامع تقتضي ان لا يحل لان على روايته محل الذبح الحلق فلما وقع قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز فيكون روايه الجامع مقيده لاطلاق رواية المبسوط وقد صرح في الذخيره ان الذبح اذا وقع اعلى الحلقوم قبل العقدة لا يحل كذا ذكره في فتاوى اهل سمرقند وبه قالت الايمه الثلاثه ولكن ذكر الامام الرستغفني في فوايده يحل لان المعتبر قطع اكثر الاوداج وقد وجد سوا كان فوق العقدة او تحته وفي الخلاصة هذا اختلاف فتوى عامة المشايخ قال صاحب النهاية كان شيخي يفتي به وكان يقول الامام الرستغفني معتمد في القول والعمل فلو اخذنا بقوله لم الفقيه بسبب العمل بقوله نحن ناخذه ايضا **قوله** فكان حكم الكل سوا اي الاعلى والاوسط والاسفل **قوله** افري الافري القطع للافساد والفري الاصلاح **قوله** وهي الاوداج اسم جمع واقله الثلاث ولا يقال معنى الجمعيه غير مراعى في الجمع المحلى بالالف واللام كما ذكر في الاصول لانا نقول معنى الجمعيه انما يلغى اذا كان الواحد يجوز ان يكون مرادا والباقي محتملا وههنا الواحد غير مراد بالاجماع فلا يلغى معنى الجمعيه وليس هذا الجمع من قبيل قوله لا يحل لك النسا لان هذا الجمع من باب التغليب للحلقوم والمري والودجين فلم يكن نظير ساير الجموع من العبيد والنسا لما ان افرادها ليست بمتحده فكان كل واحد مرادا عند الالف واللام وهو اي قوله صلى الله عليه وسلم افري الاوداج حجة على الشافعي في الاكتفا بالحلقوم والمري وبه قال احمد وعن الاصطخري من اصحاب الشافعي يكفي قطع الحلقوم او المري وفي الحلبه وهذا اختلاف نص الشافعي وخلاف الاجماع **قوله** ان هذا اي كون قطع الكل شرطا قول

ابي يوسف وحده كما قال مالك واحمد في رواية يعني لا قول محمد معه كما ذكره في المختصر والشافعي
يقول بقطع الحلقوم والمري لانه لا يبقى الحيوة فيحصل المقصود ولانه قطع في محل الذبح فيكتفى به لك قلنا
قال صلى الله عليه وسلم انهر الدم وانها ر الدم لا يحصل بدون احد الودجين وروى ابو هريره
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن شريطة الشيطان وهي التي يذبح فيقطع الجلد ولا يفري الاوداج ثم
تترك حتى تموت رواه ابو داود وفي بعض نسخ الهداية والمري مجرى النفس وقيل هذا ليس بصحيح
بل الحلقوم مجرى النفس والمري مجرى الطعام والما وهكذا ذكر في الايضاح والمغرب وساح
الاسامي وكتب اصحاب الشافعي فيكون الصحيح والحلقوم مجرى النفس **قوله** والتوجيه التوجيه
بالحا المهملة تفعيل من الوحا بالقصر والمد وهو السرعة ووحى الذبيحة اذا ذبحها وحيا اي
سريعا كذا في الصحاح **قوله** بخلاف ما اذا قطع النصف اي نصف الاربعة وهي الاثنان من
هذه العروق حيث لا يحل لان الاكثر اي اكثر المرخص وهو الثلاث باق لان الاثنين لما كانا باقيين كان
اكثر المرخص وهو الثلاث باقيا فلا يحل وقيل المعفو واحد من الاربعة فاذا ترك اثنين فقد ترك
اكثر المرخص المعفو فلا يحل ولان النصف ليس له حكم الكل والمستحب عند جميع العلما قطع الكل
قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة اي المذبوح بالسن والظفر المنزوع وعن غير المنزوع وبه
قال احمد وعن مالك كقولنا لقوله عليه الصلاة والسلم كل ما انهر الدم اي ذبيحة ما انهر الدم
بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او معناه كل ما انهر دمه اطلاقا لاسم الحال
على المحل كما في قوله خذوا زينتكم كذا نقل عن العلامة حافظ الدين رحمه الله او معناه كل ذبح
يحقق فيه انهار الدم وروى عن الاسبيجابي انه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن آلة
الذبح فقال كل ما انهر الدم وافرى الاوداج والفقها تركوا مقدمة الحديث هذا ذكر الحديث في
غرايب الحديث ابو عبيده كذا في الخبازيه **قوله** وما رواه الشافعي محمول على غير المنزوع اذ عادتهم
انهم يفعلون ذلك اظهارا للجلادة فانهم لا يقلمون ظفرا ويحددون الاسنان بالمبرد ويقاتلون بالخد
والعض هكذا ذكره النسفي وفي الاسرار فلو لم يكن تعليله عليهم بقوله فانها مدى الحبشة لفهمنا
عنه غير المنزوع لان السن والظفر مطلقا يذكر ويراد به غير المنزوع اما المنزوع يذكر مقيدا يقال
سن منزوع وظفر منزوع ولم يذكر مطلقا اما القرن فمعنى ان لا يكره بالنظر الى تعليله عليه الصلاة
والسلم **قوله** ولانه اي المنزوع الة جارحة الى اخره لانه غير المنزوع يقتل بالثقل فيكون في
معنى المنخنقة لان الذبح انقطاع بالحدة يؤيد ذلك ما روى الطحاوي عن ابي رجا العطاردي قال خرجنا
حاجا فصاد رجل ارنبا فذبحها بظفر فاكلوها ولم اكل معهم فلما قدمنا البلد سالنا ابن عباس
عنها فقال لعلك اكلت معهم قلت لا قال اطبت انما قتلها خنقا فعلى هذه النكتة معنى ان لا يحل
بالقرن لغير المنزوع **قوله** وانما يكره اي الذبح لان فيه اي في الذبح بالمنزوع استعمال
جزء الادمي والة الذبح غير الذابح والادمي مكرم مع اجزايه فلا معنى شي ان يكون من اجزايه ممتهنا
وقد امرنا فيه اي في الذبح بالاحسان قال عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وفي رواية
فاحسنوا الذبح الليطه قشر القصب والمروه حجر ابيض رقيق يذبح بها **قوله** لما بينا اشاره الى قوله
لانه يقتل بالثقل **قوله** وليرح ذبيحته اي ليعطه الراحة بالاسراع رواه ابو داود وعنه صلى
الله عليه وسلم ارحموا الشاة يرحمكم الله **قوله** ان بهيمة موتات وقيل كيف يكون ذلك ولا يعلم
الحيوان ذبحها لانه لا عقل لها قيل في جوابه انها تعرف ما يراد بها كما جا في الخبر ابهمت البهايم الا على
اربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة كان فيه زيادة

ايلام غير محتاج اليه كذا في المبسوط وعن عمر رضي الله عنه انه راى رجلا وضع رجله على وجه السكين
فضربه حتى افلت الشاة ولهذا قيل يكره ان يذبح شاة والاخرى تنظر اليه **قوله** وفي بعض النسخ
اي نسخ المختصر قطع مكان بلغ وفي المغرب النخاع خيط ابيض في عظم الرقبة الى الصلب والفتح والضم
لغة ومن قال هو عرق فقد سهى وانما ذلك البخاع بالبا لكونه في القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح
ذلك الموضع فالبخع ابلغ من النخع بالنون **قوله** ان تنخع الشاه والنخع قطع النخاع **قوله** يعني
يسكن من الاضطراب وتفسره حتى لا يتوهم تبرود ذه اللحم فانها لا تبرد بعد السلخ ايضا وكذا لو ضربها
بسيف فبان راسها او ذبحها لغير القبلة حلت ويكره ولا خلاف للفقها في هذه المسايل وكره ابن عمر
وابن سيرين اكل ما ذبح لغير القبله وعند غيرهم لا يكره اكله وفعله مكروه **قوله** هو ذكاة
وهو قطع العروق وبقولنا قال الشافعي والقاضي الحنبلي وقال احمد ومالك لا يوكل قال
ابرهيم النخعي تسمى هذه الذبيحة القنينة وحكي عن علي وابن المسيب انها لا توكل ولنا عموم الاحاد
وتحقق الذكا وهو قطع العروق في الحي **قوله** على ما مر اي في اول الذبايح وهو قوله والثاني
كالبدل من الاول الى اخره و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند
العجز وبقولنا قال الشافعي واحمد والثوري وقال مالك والليث وربيعه لا يحل بذكاة الاضطرار
في الوجهين ما توحش وتردى لان ذلك نادر ولان الحيوان الانسي اذا توحش لم يثبت له حكم الوحشي
بدليل انه لا يجب الجزا على المحرم بقتله ولا يصير الحمار الاهلي مباحا اذا توحش وسيل ابن المسيب عن ناضح
وقع في بير فنحر من موخره وكان راسه اسفل قال لا الا في نحر ابرهيم عليه السلم ولنا ما روى رافع بن خديج
كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فند بعير فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال عليه الصلاة والسلم ان لهذه
البهايم اوابد كاوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا وفي رواية فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا متفق
عليه ومعنى قوله عليه الصلاة والسلم اوابد اي توحشا كتوحش الوحش فقد اعتبر التوحش اصلا في هذه
الحيوانات قال احمد لعل مالكا لم يسمع حديث رافع وروي ان عايشة في بعير وقع في بير وطعن في خاصرته
اكلت وكذا روي عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس فالاخذ بقولهم اولى من الاخذ بقول ابن المسيب
كيف وقد وافق حديث رافع **قوله** وفي الكتاب اي القدوري الحلق وفي النهاية وهذا الذي ذكرنا
هذا اذا علم ان المتردي مات من عقره وجرحه وفي الذخيره بعير تردى في بير فرجاه وجاه نعلم انه لا يموت
منها فمات لا يوكل وان كان مشكلا اكل وفي النوادر دجاجة تعلقت بشجرة لا يصل اليها صاحبها فرماها
فقال ان كان يخاف فوتها توكل والا لا وفي النوازل بقره تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها
يده وذبحها الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه حل ايضا
وان كان يقدر لا يحل **قوله** والصيال كالند وفي بعض النسخ كالندود الند والندود والنداد
واحد وفي فتاوى الكبرى بعيرا وبقره ند في المصر بحيث لا يقدر على اخذه الا جماعة كثيره جاز رميه
لانه لا يقدر على ذلك بنفسه **قوله** والمستحب النحر في الابل الى قوله خلافا لمالك لا خلاف بين
اهل العلم ان النحر في الابل مستحب والذبح فيما سواها قال تعالى فصل لربك وانحر اي الجزور وقال تعالى
ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وهو الكبش ولانه صلى الله عليه وسلم ضحى
بكبشين فذبحهما بيده ونحر بدنة اي جزورا متفق عليه وحكي عن مالك وداود لا يحل بالنحر البقره
والشاه ولا يحل الابل بالذبح لمخالفة المشروع فكان كالجرح في غير محل الذبح النحر قطع العروق في
اسفل العنق عند الصدر والذبح قطعها في اعلى العنق تحت اللحيين **قوله** اشعر او لم يشعر يقال
اشعر الجنين اذا نبت شعره مثل اعشب المكان اذا نبت عشبه **قوله** وهو قول الشافعي وبه قال
احمد ايضا وفي المبسوط الا انه روي عن محمد انما يوكل الجنين اذا اشعر وتمت خلقته فاما قبل ذلك

هو بمنزلة المضغة فلا يوكل وبه قال ملك والليث وابو ثور لما روى عبد الله بن كعب بن ملك ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين فذكاته ذكاة امه وهذا اشارة الى جميعهم
فكان اجماعا لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه رواه ابو داود وقال ابو سعيد الخدري
قيل يا رسول الله ان احدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد في بطنها الجنين انأكله ام نلقيه قال
عليه الصلاة والسلام كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه وهذا نص في الباب رواه ابو داود والنسائي
قوله ويعتق باعتاقها وفي الاسرار لو قال اعتقت الامة الا ما في البطن عتق ما في البطن كما لو قال
اعتقتها الا يدها **قوله** وله اي لابي حنيفة انه اي الجنين اصل في الحيوة حتى ينفصل حيا ولا يتوهم بقاء
الجزء حيا بعد الانفصال وكذا بعد موت الام ينفصل حيا ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد موت الاصل
واذا كان اصلا في الحياة يشترط فيه ذكاة على حدة لاطلاق قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وقوله تعالى
او دما مسفوحا وفيه دم مسفوح وقوله صلى الله عليه وسلم الا ان الذكاة في الحلق واللبة بين ان
جنس الذكاة في الحلق واللبة لانه ذكرها هنا بلام التعريف ولا معهود وكان لتعريف الجنس فلو حل
الجنين بدون ذكاة في اللبة والحلق لا يكون الجنس منحصرا فيه **قوله** ولهذا نفرد بايجاب الغرة
يعني اذا القت الام وماتت الجنين من ذلك يضمن المتالف دية الام وغرة الجنين ولو كان جزءا للام لكانت
بمنزلة اليد والرجل ولا يجب في هذه الاعضاء شيء بعد ايجاب الدية ويعتق الجنين باعتاق مضاف اليه اي
الى الجنين دون الام وتصح الوصية له وبه وهذه احكام النفوس لا الاجزاء **قوله** وهو المراد
المقصود من الذكاة انهار الدم والفصل بين الرطوبات السايلة النجسة واللحم الطاهر وبذبح الام لا يحصل
هذا المقصود لانه ليس بسبب لخروج الدم عنه اي عن الجنين فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح يعني اذا
رمى الى الصيد فادماه حيث يحل تناوله ولم يحصل الفصل بين الطاهر والنجس على التمام لانه اي الجرح في
الصيد سبب لخروج الدم وقد وجد الجرح في الجملة سبب لانفصال كل الرطوبات النجسة
للعذر وجب اعتباره اصلا فهو باطل لان اصل الجرح لا يسقط بالعذر كما لو قتل الكلب والصيد عما
حيث لا يحل **قوله** كيلا يفسد البيع باستثنائه يعني لو لم يدخل في البيع يكون في معنى المستثنى واستثناء
الجنين يفسد بيع الام والمراد من الحديث التشبيه لا النيابة اي ذكاة الجنين كذكاة امه كقول الشاعر
فعيناك عيناها وجيدك جيدها ● سوى ان عظم الساق منك دقيق ● اي عيناك شبيه بعيني الحبيبة ولو
كان المراد به ما قالوا ذكاة الام ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وان كان يحتمل ما قالوا
ويحتمل ما قلنا ايضا فكان مشترك الدلالة فلا يصح حجة مع ان ما روينا سالما فيعمل به واما معنى قوله
صلى الله عليه وسلم كلوه ان شئتم اي اذبحوه وكلوه وفي رواية نجد جنينا ميتا وهذا نص في الباب
قال في الاسرار لعل هذا الحديث لم يبلغ ابا حنيفة فانه لا تاويل لهم في المبسوط لا يكاد يصح هذا ولو
ثبت فتاويله جنين ميت اي مشرف على الموت قال تعالى انك ميت وانهم ميتون ولانه لا يدرى انه
مات بذكاة امه او باحتباس نفسه ولو مات باحتباس نفسه يكون منخنقة وهي حرام بالنص وقد وقع
الشك في زهوق روحه فلا يحل لقوله صلى الله عليه وسلم اذا وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك
لا تدري ان الماء قتله ام سهمك قاله لعدي بن حاتم وقد حرم الاكل عند وقوع الشك قال ابن حزم
خبر ابو سعيد ضعيف وكذا خبر جابر الجنين ذكاة امه ضعيف ورواته مجهول فلا تترك نص القرآن
وهو قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وقوله تعالى الا ما ذكيتم بها واختار قول ابي حنيفة رحمه الله

فصل في ما يحل اكله وفيما لا يحل

لما ذكر احكام الذبائح
شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوسل الى الاكل
وتقدم الذبح لانه شرط الماكول والشرط مقدم **قوله** ولا يجوز اكل ذي ناب اي الذي تضرب

بانيابها الشيء وتفرس ويتقوى بها كالاسد والنمر والفهد والذيب وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور
واصحاب الحديث واكثر اهل العلم وعن بعض اصحاب ملك هو مباح وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير
لعموم قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما وقوله تعالى انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
وما اهل لغير الله به ولكن يكره اكله وكذا قال في الكلب ولنا ما روى ابو ثعلبة الخشني انه صلى الله
عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع الحديث متفق عليه وروى ابو هريرة انه صلى الله عليه وسلم
قال اكل كل ذي ناب من السباع حرام قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح مجمع على صحته ونص صريح يخص
عموم الايات به وفي تاج الاسامي الناب جمارد ندان حشم الالف منقلبة عن الياء بدليل ان جمعه انياب
وهي من الاسنان ما تلي الرباعيات **قوله** ولا ذي مخلب من الطير وهي التي تعلق بمخالبها الشيء
وتصيد بها وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور واكثر اهل العلم وقال ملك والليث والاوزاعي ويحيى
ابن سعيد لا يحرم من الطير شيء وهو قول ابي الدرداء وابن عباس لعموم الايات المبيحة قال ابن عباس
ما سكت الله عنه فهو عفو عنه ولنا حديث ثعلبة وعن خالد بن الوليد قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم حرام عليكم الحمر الاهلية وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وروى ابن عباس
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه ابو داود
ويخص به عموم الايات كما ذكرنا **قوله** ينصرف اليهما اي الى النوعين لانه خبر واحد وهو النهي
فيصير بمنزلة جملتين متعقبتين بالشرط فينصرف الشرط اليهما فكذا ينصرف المغير اليهما و **قوله** من
السباع مغير فينصرف اليهما كالشرط لا الى الجملة الاخرة لا كل ذي مخلب او ناب فالحمامة لها مخلب
والبقر والبعير لهما ناب والسبع كل مختطف منتهب لا اختطاف فعل الطير يختطف بمخلبه كالصقر
والانتهاب فعل السبع منتهب بانيابه من الارض كالاسد والمخلب للطاير كالظفر للانسان والمراد
به مخلب هو سلاح وهو مفعول من الخلب وهو مزق الجلد وانتزاعه قيل هذا التركيب يدل على الاماله
لان الطاير يخلب الشيء الى نفسه ومنه الخلابة وهي الخداع وسباع الطير كالبازي والصقر والنسر والعقاب
والشاهين بلا خلاف وسباع البهائم كالاسد والنمر والذيب والفهد وانما عد هذه الاوصاف ليبنى
عليها **قوله** كيلا يعد وشيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم لان للغذاء اثرا في ذلك كما في قوله
صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقى فان اللبن يعدي او كان معنى التحريم الايذاء والخبث والايذاء تارة
يكون بالناب وتارة بالمخلب والخبث يكون خلقة كما في الهوام والحشرات او بعارض كما في الجلالة ويدخل
فيه الضبع والثعلب وقال الشافعي وملك واحمد الضبع حلال والثعلب حلال عند الشافعي واحمد في
رواية وقال احمد في اكثر الروايات عنه انه حرام وهو قولنا وملك وللشافعي الثعلب يفدى في
الاحرام والحرم وكل ما يفدى في الاحرام فهو حلال كذا قال عطا وقلنا انه ذو ناب فيدخل في عموم
الحديث ويدخل فيه السنور البري والاهلي وفي السنور البري عن الشافعي في وجه مباح وبه قال احمد
في رواية وعندنا وملك والشافعي في قول واحمد في رواية حرام والدليل من الجانبين كما في الثعلب
اما السنور الاهلي حرام بلا خلاف لاهل العلم لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل الهر
قوله والفيل ذو ناب فاكله حرام وبه قال اكثر اهل العلم الا الشعبي فانه رخص في اكله لعموم
قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وبه قال اصحاب الظاهر ولنا والعامة انه ذو ناب فيدخل
في عموم الحديث ولانه مستخبث والبربوع من الهوام عندنا وبه قال
احمد في رواية وقال الشافعي واحمد في ظاهر روايته وابو ثور مباح لان عمر حكم فيه ولان الاصل
فيه الاباحة ولم يرد فيه تحريم واما السنجاب فحرام بلا خلاف لانه ينهش بنابه وابن عرس حرام عندنا

وكذا ابن اوى وبه قال احمد وقال الشافعي ابن عرس مباح لانه لا ناب له كالضب وفي ابن اوى له
وجهان وقلنا انهما من سباع الهوام فيدخل في عموم النهي ولانها مستخبثة فان ابن اوى اشبه الكلب
الكلب ورايحته كريهة فيدخل في عموم قوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث والكلب حرام عند اكثر اهل
العلم وعن ملك انه يكره ولا يحرم كما قال في السباع اما القرد فحرام بلا خلاف قال ابن عبد البر
لا اعلم من علما المسلمين خلافا ان القرد لا يوكل ولا يجوز بيعه وروى الشعبي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن لحم القرد ولانه سبع وهو مسيخ ايضا فيكون من الخبايث المحرمه واما الدب من السباع
المحرم وعن احمد ان كان ذا ناب يفترس به فهو محرم وان لم يكن له ناب فلا باس به وابن عرس دويبة
تسمى بالفارسيه راسو والوبر دويبه لا ذنب من ابن عرس كحلا العين وهو حرام عندنا وعند الشافعي
واحمد وابي يوسف في روايه مباح لانه مثل الارنب يعتلف النبات والبقول وكان مباحا وقلنا له
ناب يفترس فيدخل في عموم الحديث في الصحاح الرخم جمع رخمة وهي طاير ابقع يشبه النسر في الخلقة
يقال له الانوق قيل هي ياكل عظام الميتات والبغاث طاير اغبث اللون الى الغبره دون الرخمه
لا يصيد شيا ولا يعلم في كراهتها خلاف **قوله** ولا باس بغراب الزرع ولا خلاف فيه ولا يوكل
الابقع والغداف بلا خلاف وفي الذخيرة الابقع والاسود ثلاثه انواع نوع يلتقط الحب ولا ياكل
الجيف وهو غير مكروه ونوع لا ياكل الا الجيف فهو مكروه ونوع يخلط الحب بالجيف فهو غير مكروه
عند ابي حنيفة كالعقعق فانه يخلط وقال ابو يوسف يكره كالعقعق لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح
فالمحرم اولى وقول ابي حنيفة رحمه الله اصح على قياس الدجاجة وهذا لان كل ما ياكل الجيف فلحمه
نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة والفاخته توكل وكذلك المدبسي بضم الدال يعني مويسيجه وكذلك
الخطاف ولا خلاف فيه لاكثر العلما واما الخفاش فقد ذكر في موضع انه يوكل وفي موضع انه لا
يوكل وبه قال احمد وعن احمد الخطاف محرم وفي المغرب في البغاث ثلاث لغات كسر البا
وضمها وفتحها وبالفارسيه وادكيره والغداف غراب القيظ ويكون ضخما وافي الجناحين **قوله**
لان غالب اكله اي اكل العقعق الجيف وبه قال احمد ان اكل الجيف قال ابو يوسف سالت ابا حنيفه
عن الحلة قال لا باس به قلت انه ياكل الجيف قال يخلط شيا آخر كالدجاج وهو الاصح لانه صلى الله عليه وسلم
اكلها كذا في المبسوط فكل ما له مخلب يعدو به او ياكل الجيف حرام كالشاهين والباشق والصقر
والعقاب والجداه والبومه بلا خلاف وعن ابي يوسف يوكل البوم لانه يعتلف البقول **قوله**
ويكره اكل الضبع والضب وانما ذكر محمد رحمه الله لفظ الكراهة مع انه وجد فيه نصا وهو دابة
لمكان الاختلاف فيه فان عند الشافعي واحمد وملك الضب والضبع حلال وملك في الضبع معنا وفي الضب
معهما لما روي عن جابر انه صلى الله عليه وسلم سيل عن الضبع اهو صيد قال نعم قلنا ايوكل قال نعم فقلت
اشي سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وعن نافع اخبر ابن عمر بان سعد بن ابي وقاص ياكل الضباع
فلم ينكر وقال مجاهد كان علي لا يرى باكل الضباع باسا وعن عكرمه قال رايت الضبع على مايده ابن عباس
وعن عبد الله بن زيد سالت ابا هريره عن الضبع فقال نعجة من الغنم وعن عطا قال ضبع احب الي من كبش
ولنا الحديث المذكور في الكتاب وهو متفق عليه قال ابن عبد البر حديث جابر لا يعارضه لانه اقوى منه
قال ابن قدامه هذا تخصيص لا معارضة قلنا لا يجوز تخصيص مثل هذا العام لانه مذكور بلفظ كل كذا
قيل وانه سبع وله ناب وعن خزيمة بن جزء قال قلت يا رسول الله ما تقول في الضبع قال ومن ياكل
الضبع وعن عبد الله بن زيد سالت ابن المسيب عن الضبع فكرهه فقلت له ان قومك ياكلونه قال ان
قومي لا يعلمون واما حديث جابر في مسنده اسمعيل بن مسلم وعبد الكريم بن امية وقد تكلم فيهما بعض اهل

العلم وفي المبسوط والاسرار اما حديث جابر فضعيف وان صح فتاويله انه كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول
قوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث ويعلم من هذا جواب اثار الصحابة للشافعي الضب انه اكل على مايده
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينهه وذكر في الاحاديث الصحاح انه ليس بحرام واكل على مايده رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولنا ما روى محمد بن الحسن عن الاسود عن عايشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم
اهدي له ضب اهدي له ضب فلم ياكله فسالته عن اكله فنهاها فجا سايل على الباب فارادت عايشة
ان تعطيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعطيه ما لا ياكله قال محمد فيه دليل على ان يتصدق المرء
من اجب ما يكون له وعن عبد الرحمن بن سهل انه عليه الصلاة والسلم نهى عن اكل الضب ولا يقال انما
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقها لانها عافته لا لانه حرام والتصدق بما تعافه المرء مكروه
لانا نقول ذلك اذا كان الانسان قادرا على غيره اما اذا لم يكن عنده سواه او نفر منه طبعه دون
طبع غيره فلا يكره والحال ان عند عايشه لم يكن غيره فعلم انه عليه الصلاة والسلم انما كرهه
لكونه حراما لا لكونه رديا يعافه الا ترى انه صلى الله عليه وسلم عن التصدق ولو لم يكن نهيه للحرمة
لامرها بالتصدق كما امر في شاة الانصار والحديث الذي يدل على اباحته محمول على انه كان قبل ثبوت
الحرمة كان الاصل انه متى تعارض الدليلان احدهما محرم والاخر مبيح يغلب المحرم كذا في المبسوط وشرح
الاقطع **قوله** فلما ذكرنا اشاره الى قوله انه ذو ناب يدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب **قوله**
والسلحفاه من خبايث الحشرات اجمع العلم ان المستخبثات حرام بالنص وهو قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبايث وما استطابه العرب حلال لقوله ويحل لهم الطيبات وما استخبثه العرب فهو حرام بالنص
والذين تعتبر استطابتهم اهل الحجاز من اهل الامصار لان الكتاب نزل وخوطبوا به ولم تعتبر اهل
البوادي لانهم للضرورة والمجاعة ياكلون ما يجدون وما وجد في امصار المسلمين مما لا يعرفونه اهل
الحجاز رد الى اقرب ما يشبهه في الحجاز فان لم يشبه شيا فهو مباح لدخوله تحت قوله قل لا اجد فيما
اوحي الي محرما الايه صلى الله عليه وسلم ما سكت الله عنه فهو مما عفي عنه فاذا ثبت هذا فمن
المستخبثات الحشرات كالديدان والجعلان وبنات وردان والفاره والاوزاغ والحرادين والعقارب
والحيات والسلحفاه وهو قول الشافعي واحمد وقال داود السلحفاه حلال وفي الحلية والخنافس
والعناكب والعظا واللحكا من الخبايث واللحكا دويبه كالسمك تسكن الرمل صقيله الجلد يعرض
مقدمها ويرق موخرها اذا احست بانسان غاصت في الرمل وكذا الخنفسا وسام ابرص وحمار قبان
والزنابير والذباب وما اشبه ذلك وما كان في بلاد العجم ولم يكن له شبه فيما يحل ولا فيما يحرم فيه
وجهان وقال ملك وابن ابي ليلى والاوزاعي في ذلك كله بالاباحة الا الاوزاغ وقال ملك الحيه
مباح اذا ذكيت واحتجوا بالعمومات المبيحة من قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي الايه وقوله صلى الله
عليه وسلم ما سكت الله عنه فهو مما عفي ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وقوله صلى الله عليه وسلم
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم العقرب والفاره والحداة والغراب والكلب العقور وفي حديث
الحيه مكان الفاره ولانها مستخبثة كالوزغ ولم يبق عمومات النصوص على عمومه بالاجماع **قوله** لانه منها
اي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب لمريض لا
تاكل لحم البعير يتناول نهيه كل افراده **قوله** ولا يجوز اكل الحمر الاهليه قيد به لان في الحمر الوحشيه
لا خلاف لاحد في اباحته وفي الكافي وغيره من كتب اصحابنا كان بشر المريسي وملك يبيحانه ولم اعثر
على ذلك في كتبهم وكتب اصحاب الشافعي واحمد وقال في المغني لابن قدامه الحنبلي قال ابن عبد البر لا
خلاف بين علما المسلمين اليوم في تحريمه وانما حكي عن ابن عباس وعايشه اباحتها بظاهر قوله تعالى

فلا اجد الايه وقد روى عن غالب بن ابجر انه قال يا رسول الله اصابتنا سنة ولم يكن في مالي اطعم اهلي الا حمر سمان وانك حرمت لحوم الحمر الاهلية فقال عليه الصلاة والسلم اطعم اهلك من سمين حمرك وفي رواية كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي وعن ملك ان حمار الوحش ان دجن لم يوكل لانه يصير كالاهلي قال ابن حزم وهذا قول بلا برهان لما ان الوحشي لا يصير اهليا بالدجن كما لا يصير الاهلي وحشيا بالتوحش ولنا ما روى جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن اللحوم الاهلية واذن في لحوم الخيل متفق عليه قال ابن عبد البر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريم الحمر الاهلية علي وابن عمر وعبد الله بن عمرو وجابر والبرا وعبد الله بن ابي اوفى وانس وزاهر الاسلمي باسانيد صحاح حسان وحديث ابجر انه عليه الصلاة والسلم بعض لهم في مجاعتهم مع ان المحرم والمبيح اذا اجتمعا يغلب المحرم ولا يقال حرمها لقلة الظهر يوم خيبر لانها نهيه لم يخ... لان ابن ابي اوفى لقي ابن جبير فذكر له فقال فقال حرمها البتة فتبين انه ما حرمها لقلة الظهر ولانه صلى الله عليه وسلم امر باكفا القدور وبعد ما صار الحما ما تبقى منفعة الظهر فصار ماكولا وفيه منفعة العامة كالطعام فلا با مرنا لا كفا ويحتمل معنى اطعم اهلك من سمين حميرك اي من ثمنها وكذا قوله كل من سمين مالك يحتمل ذلك يقال فلان ياكل عقاره والمراد هذا قال الشاعر ● ان لنا احمرة عجافا ● ياكلن كل ليلة اكافا ● والمراد ثمن الاكاف والاستدلال بعموم الاية لا يصح لانه عام مخصوص بالاجماع فيجوز تخصيصه بالحديث والاعتبار بالوحشي ساقط لانه قياس في موضع النص **قوله** وهو قول ملك وبه قال الاوزاعي وابو عبيد وبقولهما قال الشافعي واحمد وابو ثور والليث وابن المبارك وابن سيرين وابن الزبير والحسن وعطا والاسود بن يزيد وسعيد بن جبير لحديث جابر انه حرم الحمر الاهلية يوم خيبر واذن في الخيل حديث صحيح ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير الاية والاية سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل فكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع اذ فيه بقا النفوس ولا يليق بالحكيم العدول عن اعظم المنافع الى الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس **فان قيل** انما لم يذكر لانه يفهم الاعلى بذكر الادنى بالطريق الاولى كما في قوله ولا تقل لهما اف يفهم حرمة الضرب والشتم بطريق الاولى دون العكس **قلنا** انما يصح ذلك اذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن بصدده من قبيل النهاية الا ترى الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وعطف عليه والخيل والبغال والحمير ولو كان المراد ما ذكرتم لا اكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شي اخر من المنافع فلما قال لتركبوها علم ان حكم المعطوف عليه غير حكم المعطوف **فان قيل** انما يستقيم هذا ان لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعم اما لو كان المقصود الامتنان بالنعم المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان منفعة الاكل في الخيل فوق منفعة الركوب والزينة اما قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقا في الجملة ولكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما اما منفعة الركوب والزينة في الخيل لا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنيمة كالادمي فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمته كترك الامتنان بمنفعة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل **قلنا** وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشيا بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على انا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الاشيا بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد يوجد في غيرها وهو البقر

والفيل والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع المختصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب لتعلق البقا به دون الركوب واما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقا فلنا لا يخرج كون منفعة الاكل فوق الركوب والزينة واما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لا صريحا لانه متى تبين كونه منتفعا به في ذاته ثبت انه مال متقوم ومحل للبيع **فان قيل** الاية نزلت بمكة قبل الهجرة اكل جماعة من الصحابة الحمار والفرس الى يوم خيبر فلو كانت الاية دالة على الحرمة لما جاز اكلهم ولما صح سكوت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيان في مثل هذه الطوره **قلنا** انما لم يبين عليه الصلاة والسلام قبل فتح خيبر لانه يمكن ان لم يطلع على فعلهم فلما اطلع يوم خيبر بين وانما اكلوا لعدم وقوفهم على هذه الدلالة لغموضها وفي الكافي ولان البغل ولد الرمكة ولو حلت الرمكة لحل ولدها كولد الشاة ان حبلت من الذيب **قوله** وحديث جابر معارض لحديث خالد روى الطحاوي عن خالد بن الوليد انه عليه الصلاة والسلم نهى عن لحوم الخيل ذكره اولا والترجيح للمحرم ويحتمل ان حديث جابر كان في الابتدا ثم نسخ بحديث خالد ويحتمل ان اذنه في حال المخمصة اذ هي اغلب احوال الصحابة وفي الصحيح انهم ما دخلوا خيبر وهم جياع فلا يدل على الاطلاق **فان قيل** لو كانت الاباحة للمخمصة ما اختص بالخيل **اجيب** بانه يمكن لو كان في زمان الاباحة بالفرس ما اصابوا البغال والحمير وفي المغني لابن قدامة الحنبلي وحديث جابر ليس اسناده بجيد لان فيه رجلان لا يعرفان **قيل** في جوابه رواه العدول كالطحاوي وغيره فلا يضر ذلك مع ان المرسل حجة عندنا قال ابن حزم في حديث خالد دليل الوضع لان فيه عن خالد قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر وهذا باطل لانه لم يسلم خالد الا بعد خيبر بلا خلاف **اجيب** بل فيه خلاف ولئن كان كذلك كان حديثه متاخرا عن حديث جابر فينسخ به لان في بعض الروايات روي خالد انه عليه الصلاة والسلم نهى عن لحوم الخيل بدون ذكر غزوت ولا تشكل على ابي حنيفة بولده وسوره فان حكم ولده كبول ما يوكل لحمه وسوره طاهر لان في رواية الحسن عنه الكراهة في سوره كما في لبنه وعلى ظاهر الرواية جعله كالادمي لكونه مرهبا للعدو والة للغزا والادمي غير ماكول اللحم وسوره طاهر فكذا سور الفرس واما قوله انما جعله كبول ما يوكل لحمه في تخفيف النجاسة كذا في المبسوط **قوله** ثم قيل الكراهة عنده اي عند ابي حنيفة كراهة تحريم الى اخره وانما اختلف المشايخ في معنى الكراهة لاختلاف اللفظ المروي عنه لانه ذكر في المبسوط في كتاب الصيد قال ابو حنيفة رحمه الله رخص بعض العلما في لحوم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وما قال في الجامع يكره لحم الخيل عنده يدل على ان كراهة التحريم لان ابا يوسف قال لابي حنيفة اذا قلت في شي اكرهه فما رايك فيه قال ابو حنيفة التحريم قال في التتمة قال الاسبيجابي الاصح ان الكراهة كراهة تنزيه وقال غيره الاصح انه كراهة تحريم كما ذكر في الكتاب وحكي عن عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت مترددا في هذه فرايت ابا حنيفة في المنام يقول لي كراهة التحريم يا عبد الرحيم وذكر فخر الاسلام وابو المعين في جامعيهما الصحيح انه كراهة تنزيه لان كراهته لمعنى الكرامة لئلا يحصل تقليل الة الجهاد باباحته ولهذا كان سوره طاهرا في ظاهر الرواية **قوله** لانه ليس في شربه اي شرب اللبن تقليل الة الجهاد وفي الخلاصة وهو الاصح وجعل في فتاوى قاضي خان لبنه كلحمه ومن هذا قيل اكله حلال في هذا الزمان في ديار الترك لان الغزا لم يبق ولا باس باكل الارنب ولا خلاف فيه للعلما للحديث المذكور في الكتاب وهو متفق عليه وعن محمد بن صفوان قال صدت ارنبين فذبحتهما فسالت النبي صلى الله عليه وسلم فامرني باكلهما رواه ابو داود والقنفذ حرام عندنا وملك واحمد ورخص فيه الشافعي وكانه ما جعله من الخبايث ولا من السباع ولنا ان ابا هريرة ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو خبيثة من الخبايث رواه ابو داود ويكره اكل الجلالة من الشاة والبقر والبعير وبه

قال الشافعي واحمد في روايه تزول الكراهة بحبسها بلا خلاف وعندنا واحمد يكره ذكوها والزروع والثمار المسقيه بالنجاسات لايكره ولا يحرم عند اكثر الفقها ومدة الحبس في الدجاجه ثلاثه ايام وفي البقر والبعير اربعين يومًا وقيل سبعة ايام في الشاه وعن احمد ثلاثه ايام في الكل **قوله** وفعل المجوسي الى اخره جواب عن قياس الشافعي وهذا لان الفعل انما يقع مطهرا اذا اتصف بالحسن لافاده الاثر الحسن والحسنات محلية للثواب فلا يصير المجوسي اهلا لها واختلفوا في ان الموجب لطهارة ما لا يوكل لحمه مجرد الذبح او الذبح مع التسمية فقيل مجرد الذبح لانه موثر في اسالة الدم المسفوح وقيل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكاة ولا ذكاة بدون التسمية كما في غريب القران للعزيزي والاوضح واليه اشار في الكتاب بقوله ولنا ان الذكاة مطهر الى اخره **قوله** ولا يوكل من حيوان الما الا السمك وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال الشافعي في قول يوكل الجميع الا الضفدع وبه قال احمد وقال في قول يوكل جميعه وبه قال ملك واصحاب الظاهر وقال في قول ما اكل شبهه من البر اكل وما لا يوكل شبهه لم يوكل ككلب الما وخنزيره وانسانه وبه قال ابو الليث **قوله** والحل ميتته اي ميتة البحر ولم يفصل بين ميتة وميتة وروى عن ابي بكر الصديق انه قال كل ما في البحر قد ذكاه الله تعالى وروى عن عطا وعمرو بن شعيب انهما قالا بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى ذبح كل شي لابن ادم وعن ابي سعيد الخدري كنا في سفر فاصابتنا مجاعة فالقى البحر لنا دابة يقال له عنبره فاكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى النبي صلى الله عليه وسلم سالناه عن ذلك فقال هل بقي عندكم فتطعموني ما الضفدع فلنهيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتله رواه النسائي ولنهيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دا يتخذ فيه الضفدع ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث والخبث ما يستخبثه الطبع السليم وما سوى السمك يستخبثه الطبع السليم فيحرم ولانه تعالى قال او لحم خنزير ولم يفصل بين البحري والبري ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن دا يتخذ فيه الضفدع وقال في اخره انه خبيثه من الخبايث نعلم من ذلك ان ما يستخبثه النفس حرام وغير السمك يستخبثه الطبع السليم ومن قولهم ان انسان البحر ماكول وهذا شنيع جدا واما قوله احل لكم صيد البحر فالمراد ما يوجد من السمك طريا ومن قوله وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من الروايه في حديث ابي سعيد فالقى لنا البحر حوتا يقال لها عنبره وهو اسم للسمك كذا في المبسوط وقوله محمول على الاصطياد **فان قيل** لو كان يستقيم حمله عليه لكن الكنايه في قوله وطعامه لا يستقيم حمله على الاصطياد فانها راجعة الى الصيد **قلنا** الطعام المذكور محمول على السمك لانه المتعارف من طعام البحر وكذا الميتة في الحديث محمول على السمك ولا يقال هذا خبر واحد كيف يجوز تخصيص الكتاب به وهو قوله حرمت عليكم الميتة لان هذا الشهر موئد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب به على ان حكم السمك من مطلق قوله تعالى باكلوا منه لحما طريا مع انه لا تعارض بين الكتاب والخبر لان الميتة المحلى باللام جنس اذا لم يكن معهودًا والميتة من المذمومات المعهود بدليل قوله تعالى او دما مسفوحا فعلم ان الميتة تكون ميتة باعتبار الدم المسفوح ولا دم للسمك فينصرف اللام الى المعهود ولا يبقى التعارض **قوله** وقال ملك والشافعي لا باس به وبه قال احمد واصحاب الظاهر وبعض التابعين **قوله** لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم البحر هو الطهور ماوه والطلاق قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وروي ابان بن ابي عياش عن انس انه صلى الله عليه وسلم قال كل ما طفى البحر وحديث العنبرة وهو مشهور وعن عكرمة عن ابن عباس ان ابا بكر الصديق قال السمكة الطافيه حلال وعن عمر انه قال الحيتان والجراد ذكي ولنا ما روى جابر الحديث رواه ابو داود وعن جماعه من الصحابة مثل علي وابن عباس وابي هريرة وانه باب لا يعرف قياسا فثبت انهم قالوه سماعا وهو قول الحسن والثوري وجابر بن زيد وابن المسيب والنخعي وابن

سيرين والحسن بن **قوله** وميتة البحر الى اخره جواب عما تمسكوا من قولهم ان ميتة البحر موصوفة بالحل يعني ميتة البحر ما لفظه اي رماه البحر لتكون موته مضافا الى البحر واما حديث ابان بن ابي عياش منكر حتى قال شعبه لان ازني سبعين زنيه احب الي من ان اروي حديث ابان بن ابي عياش ذكره الرازي في احكام القران وقول عمر لا اسا في حديث جابر وما قيل في سند حديث جابر اسمعيل بن امية وهو ضعيف وقيل هو متروك وقال ابو داود ومن طريق اخر روايه ابي الزبير عن جابر ولم يذكر منه سماعا وقيل ان كان احد رواته ضعيفا فبعض رواته غير ضعيف فلا يسقط الاحتجاج به وان كان موقوفا فهو كالمسموع لانه باب لا يعرف قياسا وقال محمد في سمكه ميتة بعضها في البر وبعضها في الما ان كان راسه وحده خارج الما يحل وان كان الراس في الما لا وان كان ما في البر النصف واقل لم يحل وان كان من النصف حل وقد شنع ابن حزم على محمد وقال هذه اقوال مخالفة لاقوال العلما والمعقول والقياس قيل في جوابه هذا من غاية تعصبه وسفاهته لان محمدا قال ذلك بالاستدلال من حديث جابر ووجهه ان الراس لما كان خارج البحر فقط علم ان موته مضاف الى افة وكذا ان كان اكثره غير الراس خارج البحر علم ان موته مضاف الى افة فانه مات بافة لانه مات بغير افة كالطافي فانه مات حتف انفه لا بافة واصله الفرق بين الطافي وغيره لان المراد من الطافي هو الذي يموت في الما حتف انفه من غير سبب فيعلو لانه من طفى الشي اذا علا وفي المغرب الجريث نوع من السمك والمارماهي نوع غير الجريث فكان ما ذكر في الكتاب والمارماهي تخصيص لهما بعد ما تصرف عنه وبالفارسية الجريث ماهي ماجوش والحجه عليه اي على مالك ما روينا وهو قوله احلت لنا ميتتان ولانا خصصنا منه السمك اذا مات من غير افة فكذا الجراد بالقياس لانا خصصنا بالنص الوارد في الطافي لانه في معنى الطافي من كل وجه لانه عليه الصلاه والسلام قال في اول الحديث ما نضب عنه الما وما لفظه فكلوا وما طفى لا تاكلوا بخلاف الجراد لانه نوع اخر فكان العمل بالجراد بصريح نص ورد فيه اولى من العمل بقياس او دلالة نص ورد في نوع اخر **قوله** كله كله وفي روايه كله كله ولان موته لابد ان يكون بسبب فانه يجري الاصل بري المعاش حتى قيل ان بيض السمك اذا انحسر عنه الما يصير جرادا فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع اصله واذا مات في الما فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروى ان مريم سالت لحما هنيا فرزقت الجراد وعمر رضي الله عنه كان مولعا باكل الجراد **قوله** وينسحب عليه اي على هذا الاصل فروع كثيره ذكرناها في كفايه المنتهي منها انه لو وجد سمكة في بطن سمكه اخرى ولم يتغير يحل اكله لانه مات لضيق المكان وكذا لو جمعها في حظيره لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فتن فيها لان سبب موتها ضيق المكان وكذا لو ماتت في الشبكه وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيا القاه في الما فماتت منه وذلك معلوم وكذا لو انجمد الما فبقيت بين الجمد والما اما لو ماتت بحر الما او برده ففيه روايتان ففي روايه يوكل لان موتها بسبب الحر او البرد الشديد وفي روايه لا يوكل لان الما لا يقتل السمك حارا او باردا وروى هشام عن محمد لو انحسر الما عن راسه وبقي ذنبه في الما فهذا سبب لموته فيوكل كذا في المبسوط بخلاف ما اذا كان راسها او اكثر في الما فانها لا توكل لان موتها لغير افة كذا في الايضاح وفي الذخيرة لو وجدت في بطن الطافيه توكل وان كانت الطافية لا توكل ولو وجد في حوصلة طاير يوكل وعن الشافعي لا يوكل لانه كالرجيع ورجيع الطاير عنده نجس وقلنا انما يعتبر رجيعا اذا تغير وفي السمك الصغار التي تقلى من غير ان يشق جوفه فقال اصحابه لا يحل اكله لان رجيعه نجس وعند ساير الايمه يحل وفي الكافي لو ذبح شاة او بقره فتحركت بعد الذبح او خرج منها دم يحل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم لا يحل وهذا اذا لم يدر حياته وقت الذبح فان علم حياته

ولو ذبح المنخنقة او الموقوذة او المشقوقة البطن او المريضة وبها حياة حل في ظاهر المذهب لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولا تفصيل في ظاهر الرواية وفي المحيط وعليه الفتوى وعن ابي حنيفة ان كان بحال يعيش يوما لولا الذكاة يحل والا لا لانه اذا كان بحال يعيش سريعا لا يدرى انه مات من ذبحه او بما اصابه فدخل الشك في الحل وعن ابي يوسف اذا كان بحال يعيش اكثر اليوم لولا الذكاة يحل والا لا وفي المحيط وذكر في البرامكة ذبح شاة وقيد ان كان اكبر رأيه انها حية اكلت والا لا وقيل ان تحرك اكل خرج الدم او لا وان خرج الدم ولم يتحرك لا يوكل

كتاب الاضحية

اورد الاضحية بعد الذبائح لما فيها من الذبح الا ان الذبح اعم من الاضحية والخصوص يكون بعد العموم كذا قيل ثم محاسن الاضحية ظاهرة لما فيها من شكر نعمة المال والاحسان بالاخوان وايصال النفع بالفقراء ولهذا قيل ذبح الاضحية اظهار الصدق والمحبة فانه بدل ذبح النفس كما في قصة ابرهيم عليه السلم الاضحية ملكا لنا بعد اراقة الدم حتى حل لنا وللفقراء اكلها مخصوص هذه الامة منة علينا وقرابين ساير الامم كانت تاكلها النار ولا ينتفع بها الاخيار ولا الاشرار والقرب المالية نوعان تمليك كالصدقات واتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتماعهما الاضحية لغة اسم لما يذبح يوم الاضحى وهو افعولة كالاروية ومن الانثى من الوعول فكان فيها واو ويا فقلبوا الواو يا ثم ادغموها في اليا لاجتماع الواو واليا مع سبق السكون وكسر الحا لتسلم اليا ويجمع على اضاحي بالتشديد على افاعيل كالازاوي في جمع الازوية قال الاصمعي فيها اربع لغات أُضحية وإِضحية وضحية على فعيلة والجمع ضحايا كهدية وهدايا واضحاة والجمع اضحى كارطاة وارطى قال الفرا الاضحى يذكر ويونث وشرعا هي ذبح حيوان مخصوص بسن من الابل والبقر والغنم والمعز وهي الثني فصاعدا من الانواع الاربع وسببها يوم الاضحية وشرايطها يذكر في اثنا المسايل وركنها ما يجوز ذبحها بنية الاضحية في يوم الاضحية ومشروعيتها بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب قوله فصل لربك وانحر قيل هو التضحية لما روى انه عليه الصلاة والسلم ضحى بكبشين الحديث واجمع المسلمون على مشروعيته **قوله** وهكذا ذكر الاختلاف بعض المشايخ وفي الكافي الاصح انها واجبة عند اصحابنا وبه قال ملك والليث وربيعة والثوري والاوزاعي وقال الشافعي واحمد وابو يوسف ومحمد في رواية عنهما انها سنة وبه قال اكثر اهل العلم لهم قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة ابيكم ابرهيم وقوله عليه الصلاة والسلم ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم وفي رواية وهي لكم تطوع الوتر والاضحية وصلاة الضحى وفي رواية وركعتا الفجر ولانها لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم كالعتيرة وهي شاة تذبح في الجاهلية في رجب وتسمى رجبية وهي لا تجب على المسافر وكذا على المقيم بالاجماع فانها كانت في بدء الاسلام ثم نسخ وفي الايضاح العتيرة اول ولد الناقة والشاة ذبح وياكل ويطعم وذكر في الرجبية على وفق تفسير العتيرة في الكتاب ثم قال ثلاثة دماء كانت في الجاهلية الرجبية والعتيرة والعقيقة نسختها الاضحية لانهما تستويان في ملك المال وانما تفترقان في البدني لا المالي لحوق المشقة الى المسافر في الاداء بالبدن وعن ابي بكر وعمر انهما لا يضحيان سنة او سنتين مخافة ان يراها الناس واجبة ولانها لو كانت واجبة لا يحل له الاكل منها كما في جزاء الصيد وغيره وللغني ايضا ولنا الحديث المذكور في المتن رواه ابو هريرة والحاق هذا الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقوله صلى الله عليه وسلم من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر بالاعادة يفيد الوجوب وعن مخنف بن سليم قال انه صلى الله عليه وسلم قال يا ايها الناس ان على كل اهل بيت في كل عام اضحية وعتيرة ونسخت العتيرة وبقيت الاضحية وعن ام بلال الاسلمية قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحوا بالجذع

لنا الفاز

٤٠٨

من الضان وعن معاذ بن جبل قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا ان نضحي ويامرنا ان نطعم جاره وعن الحسن البصري انه صلى الله عليه وسلم امر بالاضحى **فان قيل** قال احمد بن حنبل حديث ابي هريرة منكر وقال الدارقطني قد روى موقوفا والموقوف اصح من كونه منكرا **قلنا** كونه موقوفا في رواية لا يمنع الاحتجاج به لان مثل هذا لا يقال عن رأي قال ابن حزم حديث مخنف رواته مجهول وحديث الحسن مرسل ايد بحديث او عمل الصحابة **قوله** بالنظر الى الجنس اي جنس المكلفين اذ جنسهم عادة لا يجمعون على ترك الواجب والمراد بالارادة ههنا ما هو ضد السهو وهو القصد لانا اجمعنا على انه غير مخير فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلم من اراد التضحية التي هي واجبة كقول القايل من اراد منكم الجمعة فليغتسل واما في قوله فانها سنة ابيكم ابرهيم اي طريقته لا بمعنى الوجوب بل قوله ضحوا فانه يفيد الوجوب ولا حجة لكم في قوله كتب علي لانا نقول انها غير مكتوبة علينا بل هي واجبة حتى لا يكفر جاحدها والمراد بالمكتوبة الفرض وتاويل حديث ابي بكر وعمر انهما لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين او في حالة السفر واما اباحة التناول للمضحي والاغنيا فباذن من له الحق قال تعالى فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر فلما اباح التناول له وهو غني فلان يباح الاطعام للاغنيا وهم غير المضحي اولى اليه اشار في المبسوط **وقوله** غير ان الاداء جواب عن قولهم لو وجبت على المسافر يعني لا يجب الاداء على المسافر بسبب من الاسباب اي شرائط تختص بالاضحية ويشق على المسافر استحضارها اي تحصيلها مثل تحصيل شاة خالية عن العيوب المانعة ورعاية فراغ الامام عن الصلاة في حق اهل المصر على وجه لم يشق عليه من واجباتها ورعاية طلوع الفجر الثاني من يوم النحر في حق اهل السواد فسقطت عن المسافر تخفيفا كما سقط عنه الوضوء وجاز التيمم عند الزيادة على ثمن المثل فهذا اولى **قوله** بالاقامة لما بينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة الحديث والمراد من قول اصحابنا الاضحية واجبة التضحية على حذف المضاف كقوله الحج اشهر معلومات اذ الافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحمل ان يراد حقيقتها لان الاعيان يوصف بالحرمة ويوصف بالوجوب ايضا وسبب وجوب الاضحية الرأس كما في صدقة الفطر وقيل الوقت **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله ويجب على كل حر مسلم **قوله** وهو ظاهر الرواية وفي فتاوى قاضي خان وعليه الفتوى **قوله** عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال ملك ويقول الشافعي قال احمد **قوله** ويأكل منه اي الصغير ياكل من المضحي من ماله **قوله** ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل ونحوهما وهذا في جلد الاضحية بلا خلاف من اصحابنا وفي اللحم روايتان ويجي بعد بيان الخلاف **قوله** ولا نص في الشاة وقال ملك واحمد والليث والاوزاعي يجوز الشاة عن اهل بيت واحد وكذا البقرة او البدنة لانه صلى الله عليه وسلم لما ضحى كبشين فلما قرب احدهما قال اللهم هذا عن محمد واهل بيته وقرب الاخر وقال اللهم هذا منك ولك عمن وحدك من امتي وعن ابي هريرة لما ضحى بالشاة فجاءت ابنته وتقول عني فقال وعنك وقلنا لا يدل عن وقوعه من اثنين بل هذا هبة ثوابها وقد روى عن ابن عمر انه قال الشاة من واحد **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز من صاحب الكثير كما لا يجوز من صاحب القليل فلا يجوز منها للفوات وصف القربة في البعض وعدم تجزي هذا الفعل في كونه قربة حتى لو مات رجل عن ابن وامراة وبقرة وضحيا بها لم يجز لان نصيب المراة الثمن لما روينا ان البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة وعليه جمهور التابعين واكثر اهل العلم بلا فصل بين الاجنبيين وغيرهم وعن المسيب البقرة عن سبعة والجزور عن عشرة لما روى رافع انه عليه الصلاة والسلم عدل عشرة من الغنم ببعير وعن ابن عباس قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الاضحى فاشتركنا في الجزور

والحديث ابي هريرة راوياه كلاهما مجهولان قلنا جهالة الراوي لا تقدح في صحة الحديث والمرسل حجة عندنا خصوصا اذا ...

عن عشره و في البقره عن سبعة وقلنا هذا في القسمة الا في الاضحية **قوله** وقلنا المراد منه اى
عن قوله صلى الله عليه وسلم على كل اهل بيت قيم اهل البيت دل عليه ما ذكر في بعض الروايات على كل
مسلم في كل عام اضحاة وعتيره وهذا المحكم وما رواه محتمل فحملناه على المحكم **قوله** الاصح هذا
احتراز عن قول بعض حيث قالوا لا يجزيهما لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا
يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي والاصح انه يجوز وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد
لان نصف السبع وان لم يكن اضحية فهي قربة تبعا للاضحية فلا يصير لحما كذا في الذخيره والاصل في التضحية
البدنه من الابل والبقر عندنا والشافعي واحمد وعند مالك الافضل الشاه **قوله** ولو اقتسموا
جزافا لا يجوز لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفه عند وجود الجنس والوزن ولا يجوز التحليل
ايضا لانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا يجوز اليه اشار في الايضاح الا اذا كان معه شي من
الاكارع والجلد يعني يجوز وحينئذ يكون بعض اللحم مع الاكارع ومع الاخر البعض مع الجلد حتى يصرف
الجنس الى غير الجنس **قوله** والاشتراك هذه صفته اى البيع طريق التمول وفي المبسوط بو صحه
ان هذا رجوع عن بعض ما تقرب به وذلك حرام لان بالشرا التضحية لا يمتنع البيع وفي المبسوط بنفس
الشرا لا يمتنع البيع فلا تتعين للتضحيه وبه قالت الايمة الثلاثه **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه
اعدها للقربة فيمتنع بيعها الى اخره **قوله** ليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا اشار الى قوله واليسار
لما روينا والاقامة لما بينا **قوله** واول الوقت يدخل بطلوع الفجر وقال الشافعي واحمد وابن المنذر اذا
مضى من نهار العيد قدر الصلاه فيه وقدر الصلاه والخطبتين في اخف ما يكون سوا صلى الامام او
لم يصل وسوا كان في المصر او في القرى ولا يشترط صلاه الامام عند الشافعي وعندنا ومالك واحمد
يشترط صلاه الامام في موضع يصلي الامام والاصل فيه اي في اشتراط الصلاه لجواز التضحية قوله
صلى الله عليه وسلم للحديث الوارد عن البرا ابن عازب متفق عليه **قوله** وما رويناه وهو قوله
عليه الصلاه والسلام ومن ذبح بعد الصلاه حجه على مالك والشافعي في نفي الجواز الى اخره لانه قال بعد الصلاه
من غير فصل بعد نحر الامام او قبله الا انى ما وجدت نحر الامام شرط عند الشافعي بل شرط عند مالك
واختلف اصحاب مالك في الامام الذي لا يجوز ان يضحى قبل تضحيته قال بعضهم هو امير المومنين وقال بعضهم
امير البلد وقال بعضهم هو الذي يصلي بالناس صلاه العيد الا ان الشافعي لم يجوز قبل تمام الخطبة
وعندنا واحمد واصحاب الظاهر لاطلاق الحديث قال ابن حزم لا معنى لقول الشافعي لانه صلى الله عليه
وسلم لم يحد وقت التضحيه بذلك وقول مالك بلا حجه وخلاف الخبر ايضا اذ لم يامر النبي صلى الله عليه وسلم
قط بمراعاه تضحيه الغير وما نعرف في مراعاه تضحيه الامام عن احد قبله شيا قيل في جوابه فقد اخبر
ابو الزبير انه قال سمعت جابر بن عبد الله يقول امر رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله
ان يعيد نحرا اخر ولا ينحر واحتى ينحر النبي صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم ان اول نسكنا في
هذا اليوم الحديث يدل على ان الوقت قبله لاضافة النسك الى اليوم وهو من اول طلوع الفجر الا ان في
المصر شرط الصلاة لجوازها لحديث البرا ولو كانت بلد لا يصلى فيها لوقوع الفتنه او لغلبة اهل الفتنة
او لعدم السلطان او نايبه يضحون بعد الزوال لان قبل ذلك الصلاه مرجوة وفي الكبرى لو ضحوا بعد طلوع
الفجر يجوز في المختار لانها صارت كالسواد ولو فاتت الصلاه اما سهوا او عمدا جاز لهم التضحية في هذا
اليوم ولو خرج الامام الى الصلاه من الغد او بعده فضحى الناس قبل ان يصلي الامام جاز لان الوقت المسنون
فات بزوال الشمس من اليوم الاول فعلى الصلاه على وجه القضا فلا يظهر في حق التضحية ولو صلى الامام
صلاة العيد بغير وضو ولم يعلم به حتى ذبح الناس جازت الاضحيه سوا علموا قبل ان يتفرق الناس او بعد

ومتى علم الامام ونادى الصلاة ليعيدها فمن ذبح قبل العلم بالنداء جاز وبعده لا ولو ذبح بعد
الزوال جاز لانه مضى بعد وقت الاعادة كذا في الذخيره وفتاوى قاضيخان **قوله** ولو صلى اهل
المسجد الى اخره ومعنى هذا ان الامام يخرج الى الجبانه بالناس ويستخلف من يصلي بالضعفه في الجامع
هكذا نقل على حين قدم الكوفه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزيه لان هذا قبل الصلاة من وجه
وبعدها من وجه فلا يجوز مع الشك احتياطا في العبادات وفي الاستحسان يجوز لان الشرط هو الذبح بعد
صلاه معتبره وقد وجدت **قوله** وقيل هو اى العكس يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في
العيد الخروج الى الجبانه فاهل الجبانة اصل وقد صلوا وقيل فيه القياس والاستحسان لما ذكرنا قال
الحلواني هذا اذا ضحى رجل ممن صلوا اما اذا ذبح رجل من الذين لم يصلوا لم يجز قياسا واستحسانا وقال
الزعفراني يجري القياس والاستحسان في الذبح بعد احد الصلاة مطلقا سوا ممن صلى او لم يصل وذكر
القدوري الجواز مطلقا بعد ما صلى احدى الطايفتين ولم يذكر القياس والاستحسان **قوله** ايام
النحر ثلاثة وبه قال مالك واحمد والثوري وخمسة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر وعلي
وابن عباس وابن عمر وابو هريره وانس وقال ابن سيرين لا يجوز الذبح الا في يوم النحر خاصة لانها
وظيفة عيد فلا يجوز الا في يوم واحد كادا الفطر يوم الفطر وبقوله قال سعد بن جبير وجابر بن زيد
في اهل الامصار وبقولنا في اهل منى وقال اصحاب الظاهر يجوز التضحيه الى هلال المحرم وبه قال سلمه
ابن عبد الرحمن وعطا ابن يسار لقوله تعالى والبدن جعلناها لكم من شعاير الله لكم فيها خير وفعل الخير
حسن في وقت فلم يخص وقتا دون وقت بلا نص ولا اجماع وروى محمد بن ابرهيم التيمي عن ابي سلمه بن عبد
الرحمن بن عوف وسليمان بن يسار انهما قالا بلغنا انه صلى الله عليه وسلم قال الاضحى الى هلال المحرم
لمن يستاني بذلك وهذا مرسل وهو حجه عند الحنفيين والمالكين وقال الشافعي اربعة ايام وبه قال
عطا والحسن وقد روي عن علي مثله **قوله** وفي الاخبار تعارض كما ذكرنا ولان اليوم الرابع لا يجب
الرمي فيه فلم يجز التضحيه فيه كالذي بعده ولانه لا تعارض لقول من سمينا من الصحابة الا رواية عن علي
وقد روي عنه مثل مذهبنا وفي الحديث ايام منى وفي اليوم الرابع لا يجب الرمي فلا يكون من ايام منى **قوله**
لا للمعارض كما في الاسفار بالفجر والابراد بالظهر اما قول الظاهرية فلا يخص بوقت دون وقت بلا اجماع
ولا نص غير مسلم لانا قد بينا ان احدا من الصحابة ما قال الى هلال محرم فيكون اجماعا مع انا قلنا ان
ان الاثر في هذا كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم **فان قيل** كيف يكون اجماعا وقد
خالف فيه عطا وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وابو سلمه بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار **قلنا**
لم ندعي اجماع الصحابة فيكون حجه عليهم مع ان قول اكثر الصحابه حجه بلا خلاف وما ذكر ابن حزم ان ما
رواه عن انس وعمر من الصحابه ثلاثه ايام ضعيف او مجهول كلام صدر عن التعصب والالسن
كذلك فان العدول مثل احمد بن حنبل وغيره نقلوا عنهم وما ذكر من الايه ليس على اطلاقه فان كثيرا من
افعال الخير يختص بكان هذا مخصوصا مع انه لم يجز في المحرم مع اطلاقه وما روي عن حديث التيمي غريب
مع انه مرسل وهو غير حجة عنده **قوله** يجوز الذبح في لياليها والمراد ليلتان المتوسطتان لا غير
لا ليله الرابع عندنا لخروج وقت التضحيه بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر وعند الشافعي يبقى
اما ليله العاشر وهي ليله العيد لا يجوز باجماع العلما لان ليله النحر تبع لنهار عرفه بالحديث رفقا
بالناس وبقولنا قال الشافعي واحمد واصحاب الظاهر وقال مالك واحمد في روايه لا يجوز في الليل
لانه تعالى قال ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام وعنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الذبح بالليل
ولانه ليل يوم يجوز الذبح فيه فاشبه ليلة النحر ولان الذبح بالليل يتعذر فيه تفرقه اللحم طريا في الغالب

وقد يفوت بعض المقصود ولهذا قالوا بكراهة الذبح فيه ولنا ان الليل تبع لليوم فصارت وقتا
للذبح ولهذا يجوز الرمي فيه بالاجماع فيكون وقتا للذبح الا انه يكره لاحتمال الغلط في المذبح او على
الوجه المسنون واما الاية ففيها ذكر لا ذبح وتسمية مع الذكر يجوز في لياليها بالاجماع واما الحديث
ففيه عن مبشر بن عبيد وهو مذكور بوضع الحديث عمدا ولو صح لاحجة له فيه لانه نهي عن الذبح مطلقا
وهو يجوز الذبح فيه مع انه يمكن ان يكون النهي لمعنى احتمال الغلط فيبقى محتملا والقياس في كله النحر
كذلك الا انه ثبت ذلك بخلاف القياس فيقتصر عليه ولا وقت للتضحية يدخل بعد مضيها بالاجماع
قوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق اما في حق الفقير لانها تقع واجبة على ظاهر
الرواية او سنة على رواية اخرى وقول الشافعي واحمد لان اراقة الدم في هذه الايام افضل لانه
صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده ضحوا فيها ولو كان التصدق افضل لاشتغلوا به وروت عايشة رضي
الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال ما عمل ابن ادم يوم النحر عملا احب الى الله من اراقة الدم **قوله**
منزلة الطواف في حق الافاقي فان طواف التطوع في حقه افضل الصلاة التطوع بمكة بخلاف المكي
لما ذكر من المغني ولا يعلم فيه خلاف **قوله** ان كان اوجب على نفسه فيد الايجاب غير مفيد لانه لو كان
واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك **قوله** وكان فقيرا تصدق وبعينها اذا اشترى الفقير
هذه الاضحية شاة يجب عليه التضحية عندنا خلافا للشافعي واحمد اما بعد النذر بلا خلاف ثم عند
الشافعي واحمد يذبحها ويصنع بالمذبوح ما يصنع بالمذبوح في وقته وفي التطوع يخير كان يرق لحمها كان
القربة بذلك دون الذبح لانها شاة لحم وليست باضحية وعندنا تصدق بها حية ان كان فعل وان كان
غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لا حتى لو ذبح الغني او الفقير ولم يتصدق بعينها لا تحل له تناولها
ويضمن فضل ما بين قيمتها وقيمتها مذبوحة وغير مذبوحة كذا في الاوضح **قوله** كالجمعة تقضى بعد فوت
ظهرا والجامع بينهما من حيث ان قضا ما وجب عليه في الادا غير جنس الادا مطلقا بالاحتياط وهذا
لان التضحية وان ثبتت قربة في ايامها بالنص الا انه احتمل ان يكون التصدق بعين الشاة او قيمتها اصلا
لانه هو المشروع في باب المال كما في ساير الصدقات وانما نقل منه الى التضحية تطييبا لطعام الضيافة
كما ذكر في الاصول **فان قيل** لو كان التصدق اصلا لكان احب من التضحية في ايامها **قلنا** هذا
موهوم فلم يعتبر مقابلة المنصوص المتيقن فاذا فات وقت المتيقن عملنا بالموهوم احتياطا كما في الفدية اذا
عجز عن الصوم وفي الذخيرة من كان موسرا في اخر الوقت فلم يضح ومضى الوقت وجب عليه التصدق بقيمة
شاة حتى لزمه الايصاء بها ونها من قال لله علي ان اضحي شاة فان كان موسرا فعليه ان يضحي بشاتين الا ان يعين
ما يجب عليه وهذا لان النذر ايجاب فينصرف الى غير الواجب ويحتمل الواجب تاكيدا فاذا نوى ما يحتمله صح
ويجب عليه اضحية واحدة ولو كان فقيرا فعليه شاة فان ايسر كان عليه شاتان ما وجب بالنذر وما
وجب باليسار وفي الايضاح لا يأكل مما وجب بالنذر فلو نذر شاة بعينه تصدق بعينها بعد مضي الوقت
قوله لا تمشي الى المنسك يجوز بالكسر الموضع الذي يذبح فيه والفتح قياس من نسك لله نسكا ومنسكا
اذا ذبح لوجهه ولا خلاف بين العلما في منع هذه الاربعة الاجزاء بالحديث المذكور رواه ابو داود والنساي
ومعنى العوراء البين عورها التي قد انخسفت وذهبت لانها قد ذهبت عينها والعين عضو مستطاب ولو
كان على عينها بياض ولم يذهب جازت للتضحية لان عورها ليس ببين ولا ينقص ذلك لحمها كذا قيل وفي
المبسوط والاصل في هذا ان العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون واليسير من
العيب غير مانع لان الحيوان قل ما ينجو عن اليسير واليسير ما لا اثر له في لحمها وللعوراء اثر في ذلك لانها لا
تبصر بعين واحدة من العلف ما تبصر بالعينين وقلة العلف سبب الهزال ثم العين والاذن منصوص على

اعتبارهما فاذا كانت مقطوعة الاذن لم يجز لانعدام شرط منصوص فاذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك
بالطريق الاولى والمراد من المريضة هي التي يبين اثره عليها لان ذلك ينقص لحمها وبه قال احمد في
الاصح وقال الشافعي والقاضي الحنبلي المراد بالمريضة الجربا لان الجرب يفسد اللحم ويهزل اذا كثر
وهذا تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل **قوله** ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وبه قال
الشافعي واحمد وقال مالك ان ذهب كل الاذن لا يجوز ولو ذهب ما دونه يجوز وبه قال عطا **قوله**
الثلث او اقله اجزاه ولا خلاف فيه وهو رواية هشام عن محمد قال الصدر الشهيد وهو الاصح لانه
ظاهر الرواية **قوله** ويروى عنه اي عن ابي حنيفة وهي رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة على ما مر في
الصلاة من ان انكشاف ربع العورة وتقدير النجاسة بربع الثوب وفي الذخيرة قال ابو بكر بن حامد الثلث
في حد القلة في ظاهر الرواية وما زاد عليه كثير وعندهما النصف كثير وما بين الثلث والنصف قريب من
قوله وهو قول ابي يوسف مرجوع عن قوله اي القول الذي هو ان الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه كان اقرب الى قول ابي
يوسف الذي هو اكثر من النصف اذا بقي اجزاه بالنسبة الى ان الربع مانع **قوله** وفي النصف روايتان
في رواية مانع لان القليل عفو والنصف ليس بقليل لان ما يقابله ليس بكثير وفي رواية غير مانع لان
المانع هو الكثير والنصف غير كثير لان ما يقابله ليس بقليل وقد مر في الصلاة ولكن ذكر في المبسوط
ان النصف مانع مطلقا فقال لما استوى المانع والمجوز يترجح المانع احتياطا اما الشق في الاذن عيب
يسير الا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ولا يعلم فيه خلاف وفي المبسوط
ومن العلما من قال لا يجوز وروي ذلك عن احمد اما ظاهر مذهبه انه يجوز ولكن يكره وجه عدم
الجواز انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقا ولا شرقا رواه ابو داود
والنساي فالشرقا ان يكون الخرق في اذنها طولا والخرقا ان يكون عرضا والمقابلة قطع في مقدم اذنها
والمدابرة قطع في موخر اذنها وقلنا هذا نهي تنزيه لان اشتراط السلامة من ذلك شق اذ لا يكاد
يوجد سالما من هذا وتاويل الحديث عندنا هذا اذا كان الاذن مقطوعا وكان الذاهب اكثر من النصف
او اكثر من الثلث على حسب الاختلاف **قوله** ويجوز ان يضحى بالجما ولا خلاف فيه لاحد وكذا مكسورة
القرن لما قلنا انه لا يتعلق به مقصود وبه قال الشافعي وقال احمد ان انكسر اكثر من نصف القرن لا يجوز
لما روي عن علي انه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يضحى باعضب الاذن والقرن والعضب الكسر
بالنصف فاكثر ذلك رواه ابو داود وقال مالك ان كان قرنها يدمى لم يجز والا جاز لانها اذا دميت
تصير كالمريضة وفي الكتاب حديث علي لا يخلو من ان يكون مقدما على حديث البرا وهو ما روي انه صلى
الله عليه وسلم قال اربع لا تجزي في الاضاحي العوراء البين عورها الحديث فيكون منسوخا بحديث
البرا او متاخرا فيكون حديث علي زايدا عليه وما علمنا ثبوته لم نجعله منسوخا بالشك فيكون
فيكون واجب العمل وفيه ترجيح قول احمد اما الجواب لحديث علي فاصحابنا قالوا ان العيب اليسير
لا يمنع بالاجماع ولهذا اجازت الموجوءة لانه لا يوثر في المقصود وهو اللحم فكسر القرن كذلك وعن
عبيد بن فيروز قال قلت للبرا فاني اكره النقص من القرن قال اكره لنفسك ما شيت واياك ان
تضيق على الناس فيحمل على الاستحباب كما حمل حديث الشرقا على الاستحباب ويدل عليه انكار البرا
على ابن فيروز وقال ابن حزم اما تفصيل مالك فبلا دليل من الكتاب والسنة والقياس الصحيح وفيه
تعصب كما يرى يقال كبش اجم اي لا قرن له والانثى جما ويقال لها جلحا وجمعها جم ويقال كبش املح
اي فيه ملحة وهو بياض يشقه شعرات سود وهي من لون الملح والوجا على فعال نوع من الخصا
وهو ان يضرب العروق بحديد ويطعن فيها من غير اخراج البيضتين يقال كبش موجوء اذا فعل به

ذلك كذا في المغرب اما القصما وهي انكسر غلاف قرنها يجوز بلا خلاف وقال اصحاب الشافعي
يجوز الجما والقصما والعضبا ولكن يكره **قوله** اذا كانت لا تعتلف لا يجوز لانه ينقص به اللحم فالاصل
عند العلما ان كل عيب يورث في اللحم يمنع والا فلا السكا من السكك وهو صغر الاذن وعند الفقها
التي لا اذن لها اي الصماخ كذا في المغرب **قوله** وعلى الفقير بشرايه بنية الاضحيه تعينت
اي هذه الشاة المشتراه بنية الاضحيه وهذا يصير مثل الواجب بالنذر والواجب على الغني وعند
الشافعي واحمد ومالك والزهري والثوري والنخعي والحسن وعطا اجزاته هذه المعينة ولا يلزم
عليه اخرى بنا على ان الاضحيه غير واجبة ولو اوجبها بالنذر فكذلك ايضا عندهم لان الوجوب تعلق
بعينها لا بالذمة والشرا بنية الاضحيه لا تتعين للاضحيه عندهم وعند ما سعين وكان عندنا الاضحية
واجبة في ذمة الموسر والمعسر بنية الشرا لم القرب اما بالالتزام او بالشروع ولم يوجد واحد وقلنا
دفع النبي صلى الله عليه وسلم الى حكيم بن حزام دينارا ليشتري بها اضحيه فاشترى شاة فباعها بدينارين
ثم اشترى بدينار شاة فجا بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له بارك الله في صفقتك
فامر صلى الله عليه وسلم ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار ففيه دليل انها تجب بمجرد الشرا ولان
الشرا من الفقير كالنذر بها عادة وعرفا اذ لا يوجد فقير يشتري بنيتها ولا يضحي بها كذا قيل وكذا
المنذور اذا لم يعينه اما اذا عينه يجوز تضحيته وفي الذخيرة قال بعض مشايخنا يصير واجبة بنية
الاضحيه موسرا كان المشتري او معسرا وذكر شيخ الاسلام اذا كان المشتري لا تصير واجبة بالشرا
بنية الاضحيه باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية تجب وبه قال مالك وروى الزعفراني
انها لا تجب واليه اشار شمس الايمه واتفقوا على انها لا تجب بمجرد النية للاضحية وهو معسر فعلى قوله
حتى لو كان له شاة فنوى ان يضحي بها ولم يذكر بلسانه شيا لا تصير واجبة للاضحية اذا وجبت عليه
بايجابه او بشرائه بنية الاضحية وهو معسر فعلى قول من قال بوجوبها ان يتصدق بعينها في ايام
النحر ولم يضحها فعليه مثلها لان الواجب عليه الاراقة وانما ينتقل الى التصدق عند العجز وذلك بعد
ايام النحر فاذا تصدق بما وجب عليه لزمه مثلها في ايام النحر وبعدها يتصدق بقيمتها ولا تجزيه الصدقة
الاولى التي في ايام النحر لانها وقعت قبل وجوب التصدق فاذا تصدق يجب تعينها حية بعد ايام
النحر للتحرز احتياطا كما ذكر في الاصول ولو لم يتصدق بعينها في ايام النحر تصدق بعينها حية بعد الايام
لما ذكرنا **قوله** وعلى الفقير ذبحها هذا على ظاهر الرواية لا على رواية الزعفراني واختيار شمس
الايمه واحمد في فتاوى الظهيريه ظاهر الرواية **قوله** فانكسر رجلها لا مانع في تخصيص
انكسار الرجل لانها لو تعيبت بكل عيب مانع من الاضحيه فالحكم كذلك وبه صرح في مستطاع الامتناع
عنه فقد تقلب السكين من يده فتصيب عينها او رجلها فيجعل ذلك عفوا لدفع الحرج **قوله** والاضحية
من الابل والبقر والغنم وبه قالت الايمه الثلاثه وقال اصحاب الظاهر يجوز بكل حيوان وحشي وانسي
وكذا بكل طاير يوكل لحمه وحشي وانسي لحديث ابي هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال مثل المهجر الى الجمعة كمثل
من يهدي بدنة ثم كمن يهدي بقرة ثم كمن يهدي شاة ثم كمن يهدي دجاجة ثم كمن يهدي بيضة والعصفور قريب
الى البيضة ولان التقرب الى الله تعالى بكل ما لم يمنعه قران ولا سنة حسن قال تعالى وافعلوا الخير وحكي
عن الحسن بن صالح ان بقرة الوحشي تجزي عن سبعة والظبي عن واحد ولنا قوله تعالى ليذكروا اسم الله
على ما رزقهم من بهيمة الانعام وهي الابل والبقر والغنم ولان الاراقة عرفت قربة بخلاف القياس
في هذه الثلاثه فلا يتعدى عنها والمراد من الحديث بيان قدر الثواب لا انه يجوز التضحيه يعني له ثواب الصدقة
ولهذا لم يجوز النبي صلى الله عليه وسلم غير الجذع من الضان فعلى قياس قول الظاهر ينبغي ان يجوز **قوله**

الجذع من الضان وقد مر الضان لانه لا يجوز من غيره وعن ابن عمر والزهري لا يجوز الجذع من الضان
كما لا يجوز من غيره ولنا ما روى ابو هريرة وغيره انه صلى الله عليه وسلم قال الا انه فان عسر عليكم
فاذبحوا الجذع من الضان **قوله** في مذهب الفقها قيد به لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له
سنة وفي المغرب الجذع من البهايم قبل الثني الا انه في الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة
الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الازهري في المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر ثم الثني من الابل الذي القى
ثنيته وهو ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الظلف ما استكمل السنة ودخل في
الثانية ومن الحافر ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع قال الشاعر
الثنايا ان حول اين ضعف • وابن خمس من ذوي ظلف وخف • **قوله** مع الام فان كانت امه انسيا يجوز والا
لا وعند الايمه الثلاثه لا يجوز كلاهما لانه ليس من بهيمة الانعام وقلنا لما كان امه انسيا هو من بهيمة الانعام
لترجح جانبها على جانب الفحل لانه ينفصل منها ولهذا تبعها في الرق والحرية وفي جوامع الفقه وما روي الولوالجي
الاعتبار للمولد للام في الاضحية والحل وقيل يعتبر بنفسه فيهما حتى لو ولدت الشاة ظبيا لم يجز الاضحية به
ولو ولدت الرمكة حمارا لم يجز ولم يوكل وفي الذخيرة لو نزى الحمار على الرمكة فالمتولد منهما مكروه وقيل
لا يكره عندهما اعتبارا للام **قوله** وقالت الورثة اي الكبار منهم **قوله** لم يجز عن واحد منهم الشركة
في البقرة جايز الا عند مالك فانه لا يجوز الاشتراك في الهدي ثم لو اراد واحد من الشركا اللحم لا يجوز عن
الكل عندنا وقال الشافعي واحمد يجوز لان الجزء المجزي لا ينتقض بارادة الشريك غير القربة كما لو
اختلفت جهات القربة وقلنا الاراقة لا تتجزى في حق القربة فاذا وقع بعضه عن قربة لم يقع الكل عن
القربة بخلاف ما لو اختلفت جهاتها حيث يقع عن القربة لوجود الشرط وهو القربة وعند زفر لا
يجوز في اختلاف جهة القربة ايضا لان المحل الواحد لا يقع عن قربتين **قوله** وهو القياس رواية عن
ابي يوسف لانه اي اذن الورثة تبرع بالاتلاف لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية عنه تبرع بالاتلاف
فلا يصح من الوارث عن الميت كالاعتاق عن الميت **قوله** ولو ذبحها عن صغير في الورثة او ام ولد
اي لو كان احد الشركا صغيرا او ام ولد وفي المبسوط وعلى هذا اذا كان احد الشركا ام ولد ضحى عنها
مولاها او صغيرا ضحى عنه ابوه ولا خلاف انه ليس على المولى ان يضحي عن احد من مماليكه فان تبرع بذلك
جاز واذا جعله شريكا في بدنة ففيه قياس واستحسان **قوله** لا يجزيهم وقال الشافعي واحمد يجزيهم
لما ذكرنا عدم اشتراط نية الكل قربة عندهما وعندنا يشترط **قوله** وياكل من لحم الاضحية الى قوله ان
يوكله غنيا وهذا في غير المنذورة اما في المنذورة لا ياكل الناذر سواء كان موسرا او معسرا وبه
قالت الايمة الثلاثة وعن احمد في رواية يجوز الاكل في المنذورة ايضا اما لا يجوز الاكل في جزا الصيد
او الواجب بجناية وقد مر في الحج ولا يجوز ان يوكل الغني في المنذورة لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق
ان ياكل من صدقته حتى لو اكل يجب قيمة ما اكل كذا في الذخيرة والاكل من اضحيته مستحب عند اكثر العلما
وعند الظاهرية واجب وحكي ذلك عن ابي حفص الوكيل من اصحاب الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم
كلوا منها ومطلق الامر للوجوب ولقوله تعالى فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر ولنا انه صلى الله
عليه وسلم نحر خمس بدنات ولم ياكل منهن شيا وقال من شا فليقتطع لانها ذبيحة يتقرب بها الى الله تعالى
فلم يجب الاكل منها كالعقيقة والامر للاستحباب او للاباحة كالامر باكل الثمار والزروع والنظر اليها **قوله**
لما روينا اراد به قوله صلى الله عليه وسلم فكلوا منها وادخروا **قوله** والاطعام بالرفع عطف على قوله
الاكل والادخار القانع السايل من القنوع لا من القناعة يقال قنع قنوعا اذا سال وقنع قناعة اذا رضي والمعتر
الذي يتعرض للسوال ولا يسال كذا في المغرب وقال الشافعي في القديم يجعلها نصفين ياكل نصفا ويتصدق بنصف

لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البايس الفقير وفي الجديد يستحب اكل الثلث كما قال اكثر اهل العلم
لما روي انه صلى الله عليه وسلم يطعم اهل بيته الثلث ويطعم جيرانه الثلث ويتصدق على السؤال
بالثلث وهكذا قاله ابن مسعود وابن عمر ولم يعرف لهما مخالف في الصحابة فكان اجماعا ولانه تعالى
قال فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر كما ذكر في الكتاب واما في الاية التي تمسك بها اصحاب
الشافعي فبين المأكول وفسره النبي صلى الله عليه وسلم بفعله وابن عمر بقوله وابن مسعود بامره
قوله ونحوها كالدلو والمنخل ولا خلاف فيه لاحد **قوله** ان يشتري به اي بجلد الاضحية ما ينتفع
بعينه مثل ما ذكرنا من الجراب والغربال وقال الاوزاعي يجوز بكل ما يعار في البيت مثل الفاس
والقدر والمنخل والميزان وقال الشافعي واحمد لا يجوز بيعها باي شي كان لانه صلى الله عليه وسلم
نهى ان يعطي اجرة الجزار منها والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع ولانه صار لله تعالى فكيف
يجوز بيعها وعندنا لا باس ببيعه كما ذكرنا وبه قال ملك ولو باع لحمها حتى يتصدق بثمنها جاز لما روي
عن ابن عمر انه يبيع الجلد ويتصدق بثمنه وفي الاجناس ليس له بيع لحمها على ان يتصدق بثمنها وليس له في
اللحم ان يطعم او ياكل وفي فتاوى قاضي خان لو اشترى بجلدها جرابا يجوز ولو اشترى بلحمها جرابا لا
يجوز ولو اشترى بجلدها لحما للاكل لا يجوز الا في رواية عن محمد وروى ابن سماعة عن محمد لو اشترى
بلحمها ثوبا فلا باس بلبسه و**قوله** والصحيح احتراز عن رواية الاجناس **قوله** ولا يعطي اجر الجزار
من الاضحية عند اهل العلم ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمير في اعطائه الجلد ولنا ما روي
في الكتاب متفق عليه اما لو اعطاه لفقره او على سبيل الهدية فلا باس به **قوله** ويكره ان يجز صوف
اضحيته وعن احمد ان كان الجز انفع لها بان كان في ايام الربيع لا يكره **قوله** ينتفع به اي باللبن
وقال الشافعي واحمد ان كان الحلب يضرها او ينقص لحمها لم يكن له حلبه والا فله حلبه والانتفاع
باللبن وعندنا اذا كان يضر لا يحلبها ولكن يرش على الضرع الماء وقلنا لما اعدها للقربة بجميع اجزائها
فكان صرف شي منها الى حاجة نفسه في معنى الرجوع عن الصدقة فيكره بخلاف ما بعد الذبح لانه
القربة والانتفاع بعد اقامة القربة مطلق شرعا قالوا هذا اذا كان يقرب من ايام النحر اما اذا
كان بالبعد منها لا يفيد الرش بل يحلبها ويتصدق باللبن وهذه الكراهة في الحلب والصوف في
التي عينها الفقير اما في غيرها والغني من الايمة الثلاثة قالوا الانتفاع باللبن يجوز ولكن بشعرها
وصوفها وولدها لا يجوز وقالوا في الفرق بينهما ان اللبن يتولد من غذائها وعلفها وهو القائم به فجاز
صرفه اليه بخلاف الصوف ولان الصوف ينتفع به على الدوام فجرى مجرى جلدها واجزائها واللبن
يشرب شيا فشيا فجرى مجرى منافعها وركوبها وهو ضعيف كما ترى **قوله** ولو امره الكتابي جاز
ولكن يكره وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وابن المنذر وقال ملك لا يجوز ان يذبحها الا مسلم
وهكذا حكي عن احمد لما روي عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يذبح ضحاياكم الا الطاهر وقال جابر لا
يذبح النسك الا مسلم ولنا ان من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له ذبح الاضحية ويجوز ان يتولى الكافر
ما كان قربة لمسلم كبنا المساجد والقناطر ولكن يكره لما ان اقامة القربة بيده اولى من يد الكافر وهذا
الاولى ان يذبحها بنفسه لانه عبادة فمباشرته بيده اولى وان استناب غيره ينبغي ان يشهدها اي يحضرها
كما ذكر في المتن بانه صلى الله عليه وسلم امر فاطمة بالاحضار وفي اخر الحديث اما انه يجا بلحمها ودمها
يوم القيمة فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا ولانه صلى الله عليه وسلم ضحى الكبشين بيده ووضع رجله
على صفاحهما ونحر البدنات الست بيده فكان افضل الا انه قربا **قوله** وهو القياس **قوله** زفر وبه
قالت الايمة الثلاثة لانه متعد في ذبح شاة غيره فيكون ضامنا ولان التضحية قربة فلا يتادى بالاجنبية او

[شتراه]
استنابة فلم يوجد حيث فعل الغير بغير اذنه حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها اي فيما اذا كان فقيرا وا
بنية الاضحية كما ذكرنا ويكره ان يستبدل بها غيرها اذا كان غنيا اما في الفقير لا يجوز الاستبدال ولكن
يجوز استبدال الها خير منها عند ابي حنيفة ومحمد واحمد وملك في المنذورة وغيرها وعند الشافعي وابي ثور
وابي الخطاب الحنبلي لا يجوز لانه قد جعلها لله تعالى فلم يملك ان يتصرف فيها بالاستبدال كالوقف ولنا
ما روي انه صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجته وقدم علي من اليمن فاشركه فيها رواه مسلم
وهذا نوع من الهبة او بيع **قوله** اذنا له دلالة والاذن دلالة كالاذن صريحا كما في شرب ماء السقاء
قوله كما لو باع اضحيته يعني لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فان كان غيرها انقص من الاولى
يتصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر يتصدق بثمنها **قوله** كان الحكم ما ذكرنا
وهو قوله ان يضمن صاحبها قيمة لحمه **قوله** وجاز عن اضحيته وهذا عندنا قيل اذا ادى الضمان
ايام النحر جاز وقال زفر وابو يوسف في رواية والايمة الثلاثة لا يجوز عن اضحيته لانها وقعت في
غير ملكه فصار كاعتاق الغاصب ثم ملكه باداء الضمان حيث لا ينفذ عتقه وقلنا انه ملكها عند اداء
الضمان مستندا الى الغصب السابق وكانت التضحية واردا على ملكه وهذا يكفي للتضحية بخلاف
الاعتاق لانه يستدعي كمال الملك فيه منصوص ولا كذلك الاضحية ولا يقال الاستناد يظهر في القايم
لا في الهالك لان ذلك بمعزل منا فان الاراقة ليست من المملوك بشي لانها ليست بصفة الشاة ليظهر
اثره فيه فان الملك يثبت في المذبوحة ثم يستند الى وقت الغصب فيظهر ان الاراقة حاصلة في
ملكه كذا في الفوايد الشاهية

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسايل كل واحد لم يخل من اصل او فرع ترد فيه الكراهة
كما قلنا من كراهة جز الصوف وذبح الكتابي وغيرهما وحصر هذا الكتاب بلفظ الكراهة كما في الجامع الصغير
وشرح الطحاوي وفي بعض كتب اصحابنا ذكر بلفظ الحظر والاباحة كالايضاح والتتمة والتحفة وفتاوى
قاضي خان وفي بعضها بلفظ الاستحسان كالمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وحصر في المبسوط وغيره لا [استحسان]
وان كان القياس ثابتا في معاملته لما ان المعمول فيه بجهد الاستحسان ومحاسن هذا الكتاب راجع الى ما هو المؤكد
من محاسن كل جنس من مسايله في كتابه وكذا سببها وركنها وشرطها وحكمها والكراهة والكراهية ضد الرضا
والارادة بالفارسية بد داشتن ودشوار داشتن وعند اهل الفقه ما هو المذكور في الكتاب **قوله** انه اي المكروه
الى الحرام اقرب وفي المحيط لفظ الكراهة عند الاطلاق يراد بها التحريم قال ابو يوسف قلت لابي حنيفة اذا
قلت في شي اكرهه فما رايك فيه قال التحريم وفي الحقايق قال ابو يوسف الشبهة الى الحرام اقرب **قوله**
واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه اي فيما لم يختلف ما هو المقصود من كل واحد ولا بد من ذلك القيد والا
يلزم نقضا على هذا الاصل لبن الاتان على قول ابي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل شرب لبنه حلالا
لما ان المقصود من تحريم لحمه تعليل آلة الغزا ولا يوجد ذلك في اللبن **قوله** والادهان والتطييب
وكذا القعود والمجمر والاول بمعنيهما والاكتحال بمثلهما قيل صورة الادهان المحرم ان ياخذ الاناء ويصب على [كذا]
راسه اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على راسه من اليد لا يكره ذكره في الجامع والذخيرة
قوله يجرجر الجرجرة صوت يردده البعير في حنجرته كذا في الصحاح وبالفارسية بانك كردن در حنجره
فعلى الاول بالرفع وعلى الثاني بالنصب واختار في المغرب النصب وقال المحفوظ من الثقات النصب وعن
حذيفة انه نزل عند دهقان بالمداين فاتاه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا رسول الله
صلى الله عليه وسلم عنه فنزل في العام الاخر فقدم شرابا في اناء الفضة ايضا فكسر حذيفة على راسه
وعن علي انه اتي بفالوذج في اناء فضة فاخرجه وجعله على رغيف فاكله **قوله** لانه في معناه اي

لان الادهان منه فی معنی الشرب منه لان کل واحد استعمال للمحرم والمحرم الاستعمال بای وجه کان
قوله سنة المترفین ای الطاغین قال الله تعالی اذهبتم طیباتکم فی حیاتکم الدنیا وغیرهما کاللجام والسرج
المفضض ای المرصع بالفضة وبالفارسیة سیم کوفت **قوله** وقال ابو یوسف یکره ذلك وبه قالت
الائمة الثلاثة روی مع ابی حنیفة هکذا ذکره الاسبیجابی وروی مع ابی یوسف وروی هکذا ذکره ابو القاسم
العامری یقال باب مضبب ای مشدود بالضباب جمع ضبة وهی حدیدة العریضة التی یضبب بها ومنه
ضبب اسنانه بالفضة اذا شدها کذا فی المغرب وفی الذخیرة الضبة الذهب العریض والفضة العریضة
یجعل علی وجه الباب وما اشبه ذلك ثم عند ابی حنیفة لا باس بالجلوس علی الکرسی المضبب والسرج
المضبب اذا لم یقصد علی موضع الذهب وکذا الاحتلاق اذا جعل ذلك فی السقوف وفی المساجد
او حلقة المرآة او السیف او المصحف اذا جعل مذهبا او مفضضا وعند الشافعی واحمد ومالك حرام
کقولهما وفی تحلیة المسجد والمصحف بالذهب والفضة له وجهان فذکر بعض اصحابه اصحهما یجوز اعظاما
وقیل انه حرام وکذا الاحتلاف فی اللجام والثفر المفضض وکذا الاحتلاف اذا کان فی نصل السکین
فضة او فی قبضة السیف قال ابو حنیفة ان اخذ من السکین موضع الفضة یکره والا فلا خلافا لهما وللائمة
الثلاثة **قوله** اما التمویه الذی لا یخلص فلا باس به بالاجماع ای باتفاق اصحابنا لما بینا ان فیه خلاف
الشافعی لهما ای لابی یوسف ومحمد عموم ما ورد من النهی ولان من استعمل اناء کان مستعملا کل جزء منه
فیکره کما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابی حنیفة ان ذلك ای استعمال ذلك الجزء تابع اذ الا
قصدا للجزء الذی یلاقیه العضو وما سواه تبع فی الاستعمال فلا بالی به وصار کالجبة المکفوفة
بالحریر والعلم فی الثوب والعمامة المعلمة بالذهب ومسمار الذهب فی الفص وصار کمن شرب من
کفه وفی اصبعه خاتم فضة وعن ابن عمر انه کان لا یشرب بقدح فیه ضبة فضة ولا حلقة فضة ومثله
عن جماعة وعن آخرین اباحته وحکی ان المسألة وقعت عند ابی جعفر الدوانقی بحضرة ابی حنیفة وائمة
عصره فقالت الائمة یکره فقال ابو حنیفة ان وضع فمه علی الفضة یکره والا لا وقیل له ما الدلیل
علیه فقال لو کان فی اصبعه خاتم فضة فشرب من کفه ایکره فوقف کلهم وتعجب ابو جعفر کذا فی جامع
المحبوبی وفی المجتبی قیل الجلوس علی سریر من ذهب او فضة یجوز عند ابی حنیفة وابی یوسف ویکره
عند محمد کاختلافهم فی الجلوس علی الحریر والصحیح انه یکره بالاتفاق **قوله** اولی ان یقبل فی الحرمة
فان قیل ذکر بعد هذا ولا یقبل فی الدیانات الا قول العدل واراد بالعدل المسلم المرضی
ثم قال من الدیانات الحل والحرمة فقد شرط هناك فی الدیانات الاسلام وقبل ههنا خبر المجوسی
فی الحل والحرمة وهذا تناقض **قلنا** فیه تناقض صورة لا حقیقة لان فی اخبار المجوسی ای اشتریته من
یهودی الی آخره اثبات الحل والحرمة ضمنی اما قوله بان هذا حلال او حرام اثباتهما قصدی وکم من شیء
یثبت ضمنا ولا یثبت قصدا کبیع الشرب ووقف المنقول وفیما فیه اشتریته من یهودی احبار فی المعاملات
فیثبت الحل ضمنا اما فی قوله هذا حلال او هذا حرام اخبار فی الدیانات فلا یقبل والامام الحسر والی
شرط فی الحل الضمنی والحرمة الضمنی العدل ایضا حیث قال هذا اذا کان المخبر عدلا وان کان غیر عدل
فان وقع فی قلبه صدقه وسعه اکله والا فلا کذا فی جامع المحبوبی **قوله** لما قلنا اراد قوله لان الهدایا
تبعث عادة الی آخره وروی ان علیا قبل امة هدیة وقال لها افارغة انت ام مشغولة فقالت بل
مشغولة واخبرته ان لها زوجا فردها وقبل قولها **قوله** ویقبل فی المعاملات قول الفاسق وعند
الائمة الثلاثة لا یقبل الا قول العدل وقد مر فی الوکالة وعن ابی حنیفة وهو روایة الحسن عنه انه
یجوز جریا علی مذهبه فانه یجوز القضاء بشهادة المستورین اذا لم یطعن الخصم فکان کالعدل والاصح ظاهر

الروایة لانه لا بد من اعتبار احد شطری الشهادة لیکون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فلم
یبق الا اعتبار العدالة واذا ثبت شرطیة العدالة فلا یکتفی بوجوده ظاهرا **قوله** ویقبل فیها
ای فی الدیانات قول العبد الی آخره لان امور الدین خبر العبد کخبر الحر کما فی روایة الاخبار وقد
مر فی الصوم فی رؤیا الهلال وروایة النساء من الصحابة مقبولة قال صلی الله علیه وسلم خذوا ثلثی
دینکم عن هذه الحمیراء **قوله** ولا یتیمم لترجیح جانب الکذب وفی المتنازع لو لم یترجح احد الوجهین فالاصل
فی الماء الطهارة **فان قیل** ینبغی ان یتیمم ایضا احتیاطا للتعارض بین خبر الفاسق والتحری کما فی
سور الحمار یجمع بینهما لتعارض الادلة **قلنا** النص حکم بالتوقف فی نبأ الفاسق والامر بالتیمم ههنا عمل
بخبره من وجه فکان خلاف النص ولما بقی التوقف فی خبره بقی اصل الطهارة فلا حاجة الی ضم التیمم وقیل
هذا جواب الحکم فاما فی الاحتیاط یتیمم بعد الوضوء ولما قلنا ان التحری مجرد ظن فکان فیه احتمال الخطأ
ولو اخبر بنجاسة الماء ذمی او صبی لا یعمل بخبره وسوینا لان ما اخبره لا یلزمهما فصیر غیرهما مقصودا
فیصیر من باب الالزام ولیس لهما ولایة الالزام **قوله** ومنها ای ومن الدیانات الحل والحرمة
اذا لم یکن فیه زوال ملك مثل الاخبار بحل الطعام وحرمته لانه لیس من ضرورته الانتفاع زوال
ملك الیمین کعصیر اذا تخمر فاعتبار امر دیننا وخبر الواحد مقبول فیه اما اذا کان فیه زوال ملك
کما اذا اخبرت امرأة واحدة او رجل واحد ثقة رجلا ان زوجته معه ارتضعا من امرأة واحدة
لم یثبت الحرمة حتی لا یجب التفریق ولم یقبل خبرها الا علی قول احمد والحسن البصری انه یقبل خبر
المرضعة فقط وقد مر فی الرضاع وفی فتاوی قاضی خان والکافی والافضل ان یتنزه لان شهادة الواحد
حجة فی التنزیه کشهادة رجل عدل بالطلاق البائن او الثلاث فالحاکم یحول بینهما وان کان لا یفضی
الی زوال الملك کذا ههنا هکذا فی المبسوط والذخیرة ومن التفریعات ما لو اشتری مسلم لحما فاخبره
مسلم ثقة انه ذبیحة مجوسی یکره له اکله وبیعه لانه اخبر بحرمة العین وهو خبر دینی فثبت الحجة بخبر الواحد
وبقی العین مملوکة لان نقض الملك لا یجوز بخبر الواحد وحرمة الاکل ینفصل عن زوال الملك کالدهن
النجس وکالمباح له الطعام اذا نهی عن اکله یحرم علیه الاکل بدون زوال الملك فهذا الاعتبار
یوجب الحرمة لکن الحل فی هذا العین بسبب الملك لا بسبب الاباحة والملك لم یزل بشهادة الفرد
فیجب ان لا یزول الاباحة کما فی النکاح علی ما ذکرنا فاذا اجتمع ما یوجب الحل وما یوجب الحرمة اثبتنا امرا
بین امرین وهو الکراهة بخلاف النکاح فانا اثبتنا فیه التنزه لا غیر لما قلنا ان الحرمة لا تنفصل عن
زوال الملك والحل لا ینفصل عن ثبوت الملك فلم یثبت الکراهة لانه لم یلزم زوال الملك وکذا لو
اشتری جاریة او ملك طعاما هبة او ملکهما میراثا فاخبره انه لفلان غصبه البائع او المیت او الواهب
والمستحب التنزه من الاکل والوطء وان لم یتنزه فهو فی سعة بخلاف ما اذا اخبره انه ذبیحة مجوسی فانه
یکره له اکله ولا یسعه ذلك لان المشهود به ثمة حق الله تعالی لا حق العبد حتی لا تزول الحرمة باباحة العبد
فیثبت بقول الواحد لانه حجة فی الدیانات اما ههنا المشهود به حرمة ثبتت به حقا للعبد لان المشهود
به کون الشیء مغصوبا فی ید البائع وشراء المغصوب حرام حقا للمالك لا حق الله تعالی بدلیل انه یزول الحرمة
باجازته وکذلك حرمة اکل المغصوب باعتبار حق العبد حتی یزول باباحته واذنه فلما کان کذلك کان
حقا من حقوق العبد فلا یثبت بشهادة الفرد کما فی النکاح لم یثبت حجة لهذا فکذا ههنا کذا فی المبسوط
والذخیرة **قوله** او غناء بکسر الغین السماع ویقال بالفارسیة سرود وبفتح الغین الکفایة کلاهما ممدودان
وبکسرها بغیر مد الیسار کذا فی الصحاح وقیل فی الضابط ممد ود ومقصور باد مقصور ممدود باد لای
اجابة الدعوة سنة سواء کانت ولیمة او غیرها وبه قال احمد ومالك فی روایة وقال الشافعی اجابة ولیمة

العرس واجبه وغيرها مستحبه وبه قال ملك في روايه ثم غير الوليمه من الدعوات ما يستحب اتيانها
وهي ما يفعل لحسن العشرة وارادة الالفه وما ينوي ذلك من الخرس وهو طعام الولاده والعقيقه
والاعداد وهو طعام الختان والوكيره وهو طعام لبنا الدار والنقيعه وهي طعام للقادم من السفر
فالاجابة الى الكل مستحب عندنا والشافعي وعند احمد وملك جايز غير مستحب واما دعوه يقصد بها
قصد مذموم من التطاول وانتقا الحمد والشكر وما اشبه ذلك فلا ينبغي اجابتها لاسيما لاهل
العلم لان في الاجابه اذلال انفسهم قيل ما وضع احد يده في قصعه غيره الا ذل له **قوله**
كصلاة الجنازة واجبة للاقامة ولا يقال قاس السنه على الواجب وفي الواجب يترك بها يأثم في عدم
الحضور يلزم ترك الواجب وفي السنة لا يأثم بتركها فباقتران المعصيه ينبغي ان يتركها لانا نقول
هذا سنة في قوة الواجب لورود الوعيد بتركه فان الحديث المذكور في الكتاب يدل عليه وان لم
يثبت الوجوب بالاجماع وكذا قوله صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم فليجب فان كان مفطرا فليأكل
وان كان صايما فليدع فلا تتركها للبدعة التي اقترنت بها كما في صلاة الجنازة وكذا تشييع الجنازة لا
يجوز تركه بنياحه اهل البيت وشق جيوبهم **قوله** ولو علم قبل الحضور لا يحضر سوا كان مقتدى
اولا وبه قالت الايمه الثلاثه لانه لم يلزم حق الدعوة لانها غير مسنونة وعن ابي حفص الكبير اذا كان
ممن لا يحترم ولا يترك المعصيه لاجله فترك الاجابه لقوله صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو
منهم ان كان محرما ويتركون المعصيه بسببه يحضر **قوله** ودلت المسالة الى اخره لان محمد اطلق
اسم اللعب والغنا بقوله يوجد ثم اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال صلى الله
عليه وسلم لهو المومن باطل الا في ثلاث تاديبه فرسه وفي روايه ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه
وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكرنا ليس من هذه الثلاثه فيكون باطلا ثم الغنا قال بعض المشايخ
دلت المسالة على ان مجرد الغنا والاستماع اليه معصيه لما روى الصدر الشهيد في كراهيه الواقعات
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها
من الكفر وانما قال ذلك على وجه التشديد وقال ابن مسعود ان صوت اللهو والغنا ينبت
النفاق في القلب كما ينبت النبات بالما وروي في فردوس الاخبار عن جابر احذروا الغنا فانه من قبل
ابليس وهو شرك عند الله ولا يغني الا الشيطان ولهذا قال مشايخنا استماع القران بالالحان معصية
والتالي والسامع آثمان وقال بعضهم اذا كان يغني ليستفيد به نظم القوافي او يدفع الوحشه عن نفسه
فلا باس به وبه اخذ شمس الايمة السرخسي والمكروه اذا كان على سبيل اللهو لحديث انس انه كان من
زهاد الصحابة ثم كان يغني في مرضه وكان ذلك لا يفعل شهيا ولكن يدفع الوسواس عن نفسه فالشيخ
الاسلام رحمه الله جميع ذلك مكروه عند علمايئنا رحمهم الله لقوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث
جا في التفسير ان المراد الغني واما حديث انس انه كان ينشد الاشعار المباحه وهي التي فيها الموعظه
والحكمة ولا باس بانشاد مثل هذه الاشعار ولو كانت في الشعر صفة امراه ان كانت بعينها وهي حيه يكره
وان كانت ميته لا يكره وان كانت غير معينه لا يكره كذا في الذخيره وفتاوى قاضي خان وجامعه وجامع المحبوبي
وعند الايمه الثلاثه قراة القران بالالحان حرام وفصل الشافعي في ذلك فقال ان كانت الالحان لا تغير
الحروف عن نظمها جاز وان كانت لا تغير لا يجوز وهكذا قال مشايخنا وانه يبيح السماع ولكن ترد
شهاده القوال والرقاص وفي التتمه ومن **السحت** ما ياخذ الشاعر على الشعر والمضحك للناس
او يسخر بهم ويحدث الناس بمغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه لاسيما احاديث العجم
مثل رستم واسفنديار وما ياخذ المغنية والنايحه والكاهنه والواشمه والواشرة والمغافير

٤١٤

والمتوسطه لعقد النكاح والقواد والمصلح بين المتشاحنين وثمن الخمر والسكر وعسيب التيس وثمن
جلود الميتات قبل الدباغ ومهر البغي واجر الحجام ولكن قال الاولى ان يتنزه واصحاب جميع المعازف
ولا نعلم فيه خلاف **فصل في اللبس** قدم الاكل لانه اشد حاجة ثم عقب
عليه اللبس وقدمه على الوطي لان الحاجه اليه اشد **قوله** ويحل للنسا الى اخره قال بعض الناس
يحل للرجال ايضا لانه عليه السلام صلى وعليه فروج من حرير وفي حديث مخرمه انه صلى الله عليه وسلم
خرج اليه وعليه قبا من ديباج وللعامه نهيه عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق
له في الاخرة اي نصيب له وما روي منسوخ بما روينا وقال بعض الفقها هو حرام على النسا
لعموم النهي ولنا حديث علي وابو موسى وابن عمر وعقبه بن عامر انه صلى الله عليه وسلم خرج
وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثهم وعن عمر
انه استقبل جيشا من الغزاة فلبسوا بعضهم الحرير فاعرض عنهم فقيل له لم اعرضت عنهم قال
لان عليهم ثياب اهل النار **قوله** مقدار ثلاثه اصابع او اربع وقال بعض الناس كره الثوب العلم
بالحرير وقال ابن القاسم لم يجوز ملك من الحرير في الثوب الا الخيط الرقيق لو توع النهي مطلقا
فيقع على الكثير والقليل وبعض اصحابه يجوز مقدار العلم ولنا الحديث المذكور في الكتاب وفي
القنيه عمامة طرفها قدر اربع اصابع من ابريسم من اصابع عمر قيس شبرنا يرخص قال تاج الدين
اخ حسام الدين الشهيد المعتبر قدر اربع اصابع لا مضمومه كل الضم ولا منشوره كل النشر قال
المرغيناني اربع اصابع على هيئتها كما هي لا اصابع السلف وقال الكرماني اربع اصابع منشوره قال
الكرابيسي هذا اولى وقال ابو الفضل الكرماني العلم في العمامة في مواضع يجمع وقال الحلواني وابو
حامد لا يجمع وقال الاسبيجابي في القلنسوه كذلك وعن محمد رحمه الله لا يسع في القلنسوه لان ابي حنيفه
رحمه الله رخص في العلم في عرض الثوب قال صاحب المجتبى وهذا يدل على ان القليل في طوله يكره
وقال محمد في السير العلم عفو اي مقدار **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره
ويستوي فيه الرجل والمراه بخلاف اللبس ذكره في الخلاصة وقالت الايمه الثلاثه واكثر اهل العلم حرام
للرجال دون النسا وغيره اي غير القدوري كالقاضي ابي عاصم وغيره وذكر ابو الليث قوله مع ابي حنيفة
قوله لهما اي لابي يوسف ومحمد العمومات وهو قوله حرامان على ذكور امتي ونهيه صلى الله عليه وسلم
عن لبس الحرير متفق عليه والافتراش مثل اللبس وعن سعد بن ابي وقاص لان اتكي على جمر الغضا احب
الي من ان اتكي على مرافق الحرير وعن عمر انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في
الاخرة ولان هذا عادة الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر اياكم وزي الاعاجم قال الحسن وابي اكثر
مشايخنا اخذوا بقولهما لان ما له التجبر كذا في الحقايق المرفقه بكسر الميم وسادة الاتكا النموذج بالفتح
والانموذج بالضم تعريب نموده وهو ان يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الاخرة منه وترغيب في
سبب توصله اليه **فان قيل** الجلوس على كرسي الفضه لا يحل ولا يحل افتراشه ايضا في الاصح
وقد حل القليل وهو لبس الخاتم **قلنا** انما اطلقنا القليل الا ليكون انموذجا فاذا لم يكن مقصودا
بقي حراما كالخمر وهذا لان الحرير لباس اهل الجنه قال تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب اطلاق القليل
منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون انموذجا الى ذلك الكثير الكامل فاما
الفضه فلا يكون لباسا في الدار الاخرة وانما يكون منه الكراسي ونحوه فلو اطلقنا لصار عينها مطلقا
وعين الشي لا يصلح انموذجا **قوله** والديباج اسم لثوب سداه ولحمته ابريسم وعندهم اسم المنقش
والحرير من ابريسم مطبوخ وفي جمع التفاريق الحرير ما كان مصمتا كذا في جامع المحبوبي والحقايق ووافقهما

الماجشون المالكي ورخص ابن القاسم المالكي الاعلام منه في ارض العدو ولم يجوزه ملك واكثر
اهل العلم كقول ابي حنيفه قال الاسبيجابي الخلاف في الصفيق اما الثوب الرقيق من الابريسم لا يجوز
في الحرب بلا خلاف معرة السلاح سدته و **قوله** فيما روينا الى قوله صلى الله عليه وسلم هذان
حراما ان الحديث والخز ثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الما ولا نعلم فيه خلاف للايمة وان
الصحابه كانوا يلبسون الخز قال وهب بن كيسان رايت سعد بن ابي وقاص وابا هريره وانسا يلبسون
وكان مطرف خز عبد الله بن الزبير تلبسه عايشه **قوله** والنسج باللحمه وكانت هي المعتبره دون السدى
لان الحكم اذا تعلق بوصفين يضاف الحكم الى اخرهما واللحمه اخرهما فعلى هذا يجوز لبس العتابي ونحوه
وقيل في وجه المسلة ان اللحمة تكون على ظاهر الثوب ترى وتشاهد وتلاقي البشره وكان ترمينا بالحرير
فعلى هذا يكره لبس العتابي لانه يكون سداه ظاهرا كذا في جامع قاضي خان **قوله** وما كانت لحمته حرير
وسداه غير حرير كالقطن ويقال له القطني يكره في الحرب للضروره وقد ذكرنا ان ما رواه محمول
على المخلوط لان الاعتبار للحمة ولا ضروره وفي الذخيره ذكر هشام عن محمد انه لم ير باسا باللباس
المرتفع جدا وقال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه ردا قيمته الف درهم
وربما قام الى الصلاه وعليه ردا قيمته اربعه الاف درهم ودخل عليه رجل من اصحابه وعليه
ردا خز فقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اذا انعم على عبد احب ان يرى اثار نعمته عليه وابو
حنيفه يرتدي بردا قيمته اربعمانة دينار واباح الله تعالى الزينه بقوله تعالى قل من حرم زينة الله
قيل لابي حنيفة اليس ان عمر كان يلبس قميصا عليه كذا كذا رقعه قال ذاك الحكمه وهو انه امير المومنين
فلو لبس ثيابا نفيسة او اتخذ لنفسه الوانا من الطعام تبعا له وحشمه تقتدون به في ذلك وربما لا
يكون لهم فيأخذون ظلما فاختار ذلك لهذه المصلحة وما روينا عنه صلى الله عليه وسلم في لباسه
دليل جوازه وكان ابو حنيفة يكره للرجال لبس ثوب المعصفر والمزعفر وقيل لا باس به وذكر محمد في السير
الكبير لا باس ان ينقش حيطان ويتجمل بالثياب الفاخرة والاواني ولا يجعله كاستار الكعبه ولكن يجوز ربا زاد
وعن الايمه الثلاثه بالابريسم لا يجوز الا في استار الكعبه والستر الذي فيه صور الحيوان مكروه وعن بعض
اصحاب الشافعي ان كان للحاجة لا باس به كستر على الباب وكذا لو كانت الصورة صغيرة لا تبدو للناظر
ويجوز التجمل بالاواني من الذهب والفضه بشرط ان لا يريد به التفاخر والتكاثر لان فيه اظهار نعم الله
تعالى ولا تكره التكه من حرير وعن ابي يوسف تكره وبه قال ملك واختلف في عصب الجراح بالحرير وقيل
لا يحل استعمال منطقة وفي وسطها ديباج وقيل يحل اذا لم يبلغ عرضها قدر اربع اصابع كذا في المجتبى
وفي القنيه قال القاضي عبد الجبار لف العمامة الطويله ولبس الواسعة يباح في حق الفقها الذين هم اعلام
الدين دون النسا **قوله** التختم بالفضه قالوا ان قصد به التجبر يكره والا لا ذكره المجبوبي في اباحة
ذلك اثار وهي ما روى المحبوبي كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضه نقش خاتمه محمد رسول الله
محمد سطر ورسول سطر والله سطر ولمعاذ خاتم نقشه محمد رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ما نقش
خاتمك قال محمد رسول الله فقال امن كل شي من معاذ حتى خاتمه استوهبه من معاذ فوهبه منه فكان
في يده صلى الله عليه وسلم الى ان توفي ثم في يد ابي بكر ثم في يد عمر ثم في يد عثمان حتى وقع منه في البير
فانفق مالا عظيما فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم وفي حديث نعمان بن بشير فقال صلى الله عليه
وسلم اتخذه من الورق ولا تزد على مثقال وتختم باليمين **قوله** ومن الناس من اطلق الى اخره
واليه مال شمس الايمة فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك فانه عليه الصلاه والسلم
تختم بالعقيق وقال تختموا به فانه مبارك ولانه ليس بحجر لانه لا ثقل له ولنا انه يتخذ منه الاصنام

فلبس

فاشبه الصفر الذي هو المنصوص المعلول بالنص **قوله** لما روينا اذ قوله عليه الصلاه والسلم هذان
حراما ان الحديث قال بعض الناس لا باس بالتختم بالذهب لما روى البرا ابن عازب انه لبس خاتم ذهب
وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن مصعب انه راى خاتما في يد طلحه وصهيب وسعد
ابن ابي وقاص ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سوا فلما حل التختم بالفضه لقلته ولكونه نموذجا
وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الاخر ولنا ما روى عن علي وابن مسعود وابي هريره رضي الله عنهم انه
صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا جلس الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وعليه خاتم من ذهب فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلبس خاتم حديد
فقال عليه الصلاه والسلم هذه لبسة اهل النار فرجع ولبس خاتما من ورق فسكت رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم لبس خاتما من ذهب فنبذه فقال لا البسه ابدا ولان
الاصل هو التحريم لما روينا والاباحة لضروره الختم والنموذج وقد زالت بالفضه لانهما من جنس واحد
فبقي الذهب على حكم التحريم وما رواه منسوخ بدليل حديث ابن عمر او تاويله ان يكون فضه مركبا
بالذهب او يكون مذهبا وانما العبره بالحلقه واليها تكون النسبه في الحكم والسرعة وقوام الخاتم
بها **قوله** ويجعل الفص الى باطن كفه لا الى ظهره بخلاف النسا ويجعله في اليد اليسرى وقوله
عليه الصلاه والسلم اجعله في يمينك وما قال لنعمان بن بشير اتخذه في اليمين ولا ترده على مثقال
كان في ابتدا الاسلام ثم صار منه من علامات اهل البغي لقصة الحكمين كذا في جامع قاضي خان وفي
التتمه قال الناطفي لا باس بان ينقش على الخاتم اسم الله تعالى ونعم الوكيل ونحوه ولا ينبغي ان ينقش فيه
مثال انسان او طير وحلقه الحديد والنحاس والعظم وفي المنطقه لا يكره وقال الاسبيجابي الفضة في
المكاعب لا يجوز عند ابي حنيفه ومحمد قال بعض الناس نقش الخاتم بالعربية يكره وبغير العربيه لا باس به
لما ان على خاتم نعمان بن مقرن ايلا فاتحا احدى يديه باسطا الاخرى وكان نقش خاتم حذيفة كركيان ولنا لا باس
بالعربيه كما روي من نقش خاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفا الراشدون قد نقشوا خواتيمهم
بالعربية **قوله** لعدم الحاجة اليه حتى لو كان محتاجا صح وقال قوم كره لبس الخاتم لغير ذي السلطان
لما روي عن ريحانه لما روي انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبوس الخاتم الا لذي سلطان
ولنا لا باس به لما روي ان كثيرا من الصحابة تختموا والحسن والحسين يتختمان في يسارهما وكان المراد
النهي التنزيه **قوله** مثل قول كل واحد منهما فان المشايخ اختلفوا في قول ابي يوسف ذكره الكرخي
مع ابي حنيفة وذكر في الاملا مع محمد وفي الكافي قال محمد لا باس بالذهب وهو رواية عن ابي حنيفه
وابي يوسف وفي الصحاح الكلاب بالضم اسم ما كان عنده الوقعه والاصل فيه التحريم لعموم قوله
صلى الله عليه وسلم حراما على ذكور امتي وهذا عام متفق على قبوله راجح على الخاص المختلف في قبوله
ولعله صلى الله عليه وسلم خص عرفجه بذلك كما خص الزبير بن العوام بلبس الحرير لحكة كانت به **قوله**
دونه اي دون الذهب ومسلة الانف على الاتفاق اذا انتن او خيف ذلك فاما تضبيب الاسنان
فخال عن هذا العذر وما قال محمد ان الذهب والفضه استويا في حرمة الاستعمال فاذا حل التضبيب
بالفضه وجب ان يحل بالذهب سطل بالتختم فانه يحل بالفضه دون الذهب قال الطحاوي وقد روي
وقد روي عن جماعه من المتقدمين سد الاسنان من الذهب منهم الحسن والمغيره بن عبد الله امير الكوفه
وابو التياح وابو حمزه وابو نوفل وعبد الله بن الحسن امير البصره **قوله** ويكره ان يلبس المذكور الى اخره
وعن الشافعي يجوز تحليه الصبيان وعن بعض اصحابه لا يجوز كما قلنا وفي الحليه وليس بشي وكذا عندنا
يكره ان يختضب يده ورجله بالحنا من غير حاجه كما يكره للرجال ذكره في فتاوى العتابي وعند الايمة

الثلاثه لا باس بحليه الصبى **قوله** قال اى فى الجامع الصغير وتكره الخرقه الى اخره **قوله** وكذا
التى يمسح بها الوضوء اى يكره ايضا وجه قال الشافعى لانها بدعة تشبه بزى الاعاجم والتشبه بزى الاعاجم
مكروه وبه قالت الايمه الثلاثه ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا احد من الصحابه
والتابعين وانما يتمسحون باطراف ارديتهم وفى جامع قاضى خان والصحيح انه لا يكره ذكره بعض المتاخرين
من اصحابنا لان المسلمين قد استعملوا هذا فى عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الاذى عن
الثياب النفيسه وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء فى الحديث انه صلى الله عليه وسلم
كان يمسح وضوءه بالخرقه فى بعض الاوقات فلم يكن بدعه وحاصله ان كل ما فعله على وجه التجبر فهو مكروه
وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكا ان فعل ذلك تجبرا يكره
وان فعل لحاجة وضرورة لا الرتيمه خيط التذكره يعقد بالاصبع وكذلك الرتمه قال الشاعر
اذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم • فليس بمغن عنك عقد الرتايم • وقيل سعر الكتاب ابن السكيت والرتم
ضرب من الشجر وقيل معناه ان الرجل اذا خرج فى سفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض اغصانه ببعض
فاذا رجع فاصابه على تلك الحاله لم يحى امراتى وان صابه قد انحل قال خانتنى هكذا المروى عن
الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمه كذا فى المغرب ثم **قوله** ان همت بهم اى قصدت
بفاحشة و **قوله** تعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتستار والتهذار
والتلعاب بمعنى الستر والهذر واللعب وكان الرتم مجرورا بالاضافة

فصل فى الوطى والنظر واللمس

قوله قال على وابن عباس الى اخره قيد بقولهما لان عائشه
تقول المراد من قوله الا ما ظهر منها احدى عينيها وقال ابن مسعود خفها وملاتها واستدلا
بقوله صلى الله عليه وسلم النسا حبايل الشيطان تصيد الرجال وقال صلى الله عليه وسلم ما تركت
بعدى اضر على الرجال من النسا وجرى فى مجلسه صلى الله عليه وسلم يوما ما خير ما للرجال من النسا وما
خير ما للنسا من الرجال فلما رجع على الى بيته اخبر فاطمه فقالت خير ما للنسا ان لا يروهن وخير ما للنسا
ان لا يرينهم فلما اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هى بضعة
منى فدل انه لا يباح النظر الى شى من بدنها ولان حرمة النظر لخوف الفتنه وعامه محاسنها فى وجهها فالخوف
فيه اكثر وقالت عائشه رضى الله عنها لكن لا تجد بدا من ان تمشى فى الطريق فلا بد من فتح احدى عينيها
فيجوز كشفها للضروره والفقها واكثر اهل العلم اخذوا بقول على وابن عباس لما ان الاخبار فى الرخصة
فى النظر الى وجهها وكفها جاءت منها ما روى ان امراة عرضت نفسها على النبى صلى الله عليه وسلم فنظر
الى وجهها وبما قال عمر فى خطبته الا لا تغالوا فى صدقات النسا فانها لو كانت مكرمة لكان اولى بها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فوالله ما خطب النبى صلى الله عليه وسلم اكثر من اربعماية واوقيه ونش
فقالت امراة سفعا الخدين انت تقول برايك ام سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا نجد فى
فى كتاب الله بخلاف ما تقول قال الله تعالى وآتيتم احديهن قنطارا الايه فبكى عمر فقال عمر كل الناس
افقه من عمر حتى النسا فى البيوت فذكر الراوى انها سفعا الخدين فعلم انها كانت مسفرة
عن وجهها فلما ناولت فاطمه احد ولديها بلالا او انسا قال رايت كفها كانها فلقة قمر فدل انه لا
باس بالنظر الى الوجه والكف واما خوف الفتنه فقد يكون بالنظر الى ثيابها ايضا قال الشاعر
وما عرف الاخضاب بكفها • وكحل بعينيها واثوابها الصفر • فعلم انه لا اعتبار لخوف الفتنة كذا فى
المبسوط والذخيره وعند احمد وداود وجهها عوره وكفها عورة وقد مر فى الصلاه **قوله**
تحرزا عن المحرم ولقوله صلى الله عليه وسلم لعلى لا تتبع النظره النظره فان الاولى لك والثانيه عليك

وجا رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال انى نظرت الى امراة فاشتهيتها فاتبعتها نظرى
فاصاب راسى جدارا فقال صلى الله عليه وسلم اذا اراد الله تعالى بعبد خيرا عجل عقوبته فى الدنيا
قوله او شيخا كبيرا الى اخره قيل اذا كان الرجل شيخا كبيرا تامن على نفسها لا باس بمصافحتها لان الشيخ
الكبير لم يبق له اربه قال الله تعالى او التابعين غير اولى الاربة من الرجال او الطفل الذين لم يظهروا
على عورات النسا فكذا العجوزة التى لم تبق لها اربه تكون ملحقة بالصغيره ومصافحة الصغيره مباح
فكذا مصافحة العجوز ثم اباح هنا للرجال المس اذا كانت عجوزة ولم يشترط كونه شيخا لا يجامع مثله وقد
ذكر بعض المشايخ هذا وضع المسلة فيما اذا كانت المراة هى الماسه بما فوق الازار من الرجل وقال
ان كانت المراه عجوزة لا يجامع مثلها والرجل شيخ كبير لا يجامع مثله لا باس بالمصافحه حينيذ فصار فى المسلة
روايتان فى رواية اباح المصافحه اذا كان احدهما لا يشتهى وفى روايه يشترط ان يكون كل واحد منهما
لا يشتهى وجه الروايه الاولى ان العجوزة صارت ملحقه بالصغيره بما ذكرنا ويجوز مصافحه الصغيره
وان كان الماس ممن يشتهى ووجه الاخرى وهو الفرق بين الصغيره والعجوزه ان احد المتصافحين اذا
كان صغيرا فالمصافحه لا تودى الى الاشتهى فى الماس جميعا اما فى حق البالغ فلانه غير مشتهى واما
فى حق الصغيره فلانها لا تعلم الاشتهى اما اذا كانا بالغين فالشاب ان كان لا يشتهى بمس العجوزة فالعجوزة
تشتهى بمس الشاب لانها قد علمت بذلك فيودى الى الاشتهى وما يودى الى الاشتهى حرام كذا فى المبسوط
والذخيره **قوله** والصغيره اذا كانت لا تشتهى يباح مسها لانه ليس لبدنها طعم العوره والاصل فيه
ما روى انه صلى الله عليه وسلم كان يقبل ذكر الحسن والحسين فى صغرهما وروى انه ياخذ ويجر شيخك
الصبى ولان العاده ترك التكلف بستر عورتها ان لم يبلغ حد الشهوه كذا فى المبسوط **قوله** تباح اى
يشترط ان يقصد تحمل الشهادة لا قضا الشهوه الا ترى ان شهود الزنا لهم ان ينظروا الى موضع العوره
على قصد تحمل الشهادة **قوله** بخلاف حاله الادا لانه التزم هذه الامانه بالتحمل وهو متعين لادايها
قوله والخطاب لمغيره بن شعبه حين اراد ان يتزوج امراة وفى روايه انظرها وفى الفايق لو
نظرت اليها فانه احرى الحديث الضمير فى فانه راجع الى مصدر لو نظرت وان يودم اصله
يودم فحذفت الفا والمعنى كان النظر اولى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق بينكما من ادام الطعام
وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم ولو هذه بمعنى ليت ومن ثمه اجيب بالفا كانه قيل ليتك
نظرت اليها والعرض الحث على النظر وكان محمد بن مسلمه يطالع بيته سطح لها قيل له اتفعل هذا وانت
صاحب رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا القى الله خطبه امراة فى قلب
رجل احل له النظر اليها **قوله** الى الجنس اسهل الا ترى ان المراة تغسل المراة بعد موتها دون الرجل
قوله بان لم يقدر اى على امراة تعلم ذلك او لم يقدر على المداومة اذا علمت وخافوا ان تهلك او
يصيبها بلا او وجع فلا باس ان يستر الى اخره الخفض للجاريه والختن للغلام وجاريه مخفوضه اى مختونه
وفى المبسوط ومن العذر النظر فى حال الولادة لانه لا بد من قابلة تقبل الولد وبدونها يخاف الهلاك
على الولد وقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وذلك دليل على انه
يباح لها النظر لانه اى الاحتقان مداواة لانه اى الهزال الفاحش نوع مرض يكون اخره الدق والسل **قوله**
على ما روى عن ابى يوسف احترازا عما روى عن الحلوانى ان الحقنة انما يجوز اذا كان يخشى من الهزال التلف
والا فلا وفى الكافى والصحيح ما روى عن ابى يوسف لانه نوع يكون اخره الدق والسل وقال الحلوانى ولو
كان فى الحقنة منفعة ولا ضرورة فيها بان يتقوى على الجماع لا يحل عندنا ذكره ابو الليث عن محمد بن مقاتل

انه لا باس ان يتولى صاحب الحمام عورة انسان بيده عند التنوير اذا كان يغض بصره كما انه لا
باس به اذا كان يداوي جرحا او قرحا قال ابو الليث هذا في حالة الضرورة وينبغي لكل احد ان يتولى
عانته اذا تنور كذا في الذخيره **قوله** كما يقوله ابو عصمه وهو ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي
والشافعي وقد مر في الصلاه ولان السرة محل الاشتهاء ولنا ما روى عن عمر انه كان يتزر ابدي سرته
وحديث تقبيل ابي هريرة سرة الحسن **قوله** خلافا لاصحاب الظاهر فان عندهم العوره موضع السوءة
فقط لقوله تعالى بدت لهما سوآتهما والمراد منه العورة وروى انه صلى الله عليه وسلم كان في حايط
رجل من الانصار قد دلى ركبته في ركيه وهو مكشوف الفخذ اذ دخل ابو بكر فلم يتزحزح ثم دخل عمر فلم
يتزحزح ثم دخل عثمان فلم يتزحزح وغطى فخذه فقيل له في ذلك فقال صلى الله عليه وسلم الا استحي
ممن يستحي منه الملائكة فلو كان الفخذ عورة لما كشفها بين يدي ابي بكر وعمر قلنا حديث جرهد انه كان
يصلي فقال له وار فخذك الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم الركبه من العورة وقد مر في الصلاة وللشافعي
في ان الركبه ليست بعورة ما روى انس انه صلى الله عليه وسلم ما ابدى ركبته بين يدي جليس قط وانما
قصد هذا ذكر الشمايل فلو كانت الركبة عورة لم يكن هذا من الشمايل لان ستر العورة فرض على كل
احد ولنا ما روى ابو هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال الركبه من العورة والمروي عن انس ما مد
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجليه بين يدي جليس قط وهذا من الشمايل وابدا الركبه على ما ذكر في بعض
الروايات كناية عن هذا المعنى ايضا كذا في المبسوط او حمل ذلك على ما دون الدرهم وعلمه النبي صلى
الله عليه وسلم تعليما للجواز او يقال ان الاخبار تعارضت وواحد منهما محرم فرجح المحرم احتياطا
قوله وهذا اي قوله لم ينظر اشاره الى التحريم **قوله** غير موجود في حاسه حقيقة لانه غير ناظر
اليها ولا اعتبار اي غير موجود اعتبارا لعدم غلبة الشهوه عليه **قوله** لان الضرورة قد تحققت فيما
بينهن اي في الحمام وصار كغسلها بعد موتها و" بعض الناس يمنعن عن الدخول في الحمام لا
صلى الله عليه وسلم نهى النسا عن الدخول في الحمامات بمئزر وغير مئزر قلنا العرف ظاهر في
جميع البلدان ببنا الحمامات للنسا وحاجتهن الى الدخول فوق حاجة الرجال على الخصوص في
ايام البرد فان الرجل يتمكن من الاغتسال في الحياض والانهار والمراه لا ولان المقصود من الدخول
تحصيل الزينه والمراه اليها احوج كذا في المبسوط **قوله** من امته التي تحل له قيد به احترازا عن
امته المجوسيه والامة التي هي اخته من الرضاع لان حكمها في النظر كامة الغير لان اباحة النظر
الى جميع البدن بناء على اباحة الوطي وعن عايشه رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى
الله عليه وسلم من انا واحد فلو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد بين يدي صاحبه وقال الشافعي
في وجه ستر العوره حال الخلوه واجب كما يجب عن اعين الناس الغير حمار الوحش قيد به لان
في الاهلي نوع ستر من الاقتاب والثفر وفي فضايل الصديق ما نظر الى عورته قط ولا مسها بيمينه
فما ظنك بعورة الغير **قوله** لورود الاثر قال علي رضي الله عنه من اكثر النظر الى عورته
عوقب بالنسيان **قوله** ليحصل معنى اللذة وعن ابي حنيفه سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس
فرج امراته وهي تمس فرجه ليتحرك عليها هل يرى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر كذا في
الذخيره وفي جمع التفاريق قال ابو بكر الولدي لا باس بوطي المنكوحه بمعاينة الامة دون العكس
ولا باس بالوطي ومعه قوم نيام اذا ظن انهم لا يعلمون وفي التتمة كره محمد رحمه الله الجمع بين المراتين
والامتين في فراش واحد ويطا احديهما بمراى الاخرى وقال ابو يوسف لا باس به ولو وطيهما

ذبح وقد مر في مسئله وطي البهيمة قال شمس الايمة في جامعه الاحتراق على وجه الاستحسان
عند اصحابنا ولم يوكل لانه مستخبث عادة اكل لحمها فصار كاللحم المنتن **قوله** ولا ينظر الى بطنها الى
اخره وكذا لا يجوز مسها وجعل حالها كحال الحسن في النظر وعندنا لا يمسها وبه قال القاضي حسين
من اصحابه حيث قال لا يجوز ان يمس ذات الرحم وان لم يكن عوره في حقه ولنا ان حكم الظهار ثابت
بالنص وهو المنكر من القول وزور لما فيه من تشبيه المحلله بالحرمة فاذا كان محرما لا يجوز النظر
ولا المس واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن بالطريق الاولى لانه اقرب الى الماتي وكذا الجنبان
كذا في المبسوط **قوله** والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين الايه والمراد موضع الزينه اذ النظر
الى نفس الزينه مباح مطلقا وموضع الزينه الراس لانه موضع التاج والشعر لانه موضع العقاص
والوجه انه موضع الكحل والعنق والصدر فهما موضعا القلادة فهي تنتهي الى الصدر والاذن
فهو موضع القرط والعضد فهو موضع الدملوج والساعد فهو موضع السوار والكف فهو موضع
الخاتم والخضاب والساق فهو موضع الخلخال والقدم فهو موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن
والفخذ لانها ليست بموضع الزينة ولا يقال ينبغي ان ينظر الى ظهرها لانه موضع القرامل كما
في هذه المواضع لانا نقول القرامل فوق اللباس عادة ويجوز النظر الى ثوبها الواقع على ظهرها
وبطنها للاجنبي فضلا للمحارم **قوله** لوجود المعنيين الضروره وقلة الرغبة **قوله** في الاصح
قال بعض مشايخنا اذا كانت حرمه المصاهره بالزنا لا يحل المس والنظر لان ثبوت الحرمه بطريق العقوبة
على الزاني لا بطريق النعمه ولانه قد ظهرت خيانته مرة فلا يومن ثانيا والاصح انه لا باس بذلك لما بينا
انه محرمه على التابيد ولا يجوز ان يقال ثبوت الحرمة بطريق العقوبه لانا انما اثبتنا الحرمة قياسا على النكاح
فلو جعلنا بطريق العقوبة لم يكن تلك الحرمه لانها ما ثبتت بطريق المنه فلو كانت بطريق العقوبة لكان
اثبات الحرمه ابتدا بالراي وذا لا يجوز كذا في المبسوط **قوله** لا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليها وبه
قالت الايمة الثلاثة قال القاضي الحسين من اصحاب الشافعي لا يجوز مسها وان لم يكن عوره في حقه لما فيه من
خوف الفتنة وقد مر ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة
وكان اذا قدم من سفر بدا بها فعانقها وقبل راسها وقال صلى الله عليه وسلم من قبل رجل امه فكانما
قبل عتبة الجنه وعن الحسن بن علي انه كان يقبل راس امه وعن محمد بن الحنفيه انه كان يمشط شعر امه
وعن واحد من الصحابة انه كان يغمز رجل امه الى غير ذلك من الاثار فدل ان المس مباح كذا في المبسوط
والذخيره ولكن فيه نوع تامل **قوله** صلى الله عليه وسلم فوق ثلاثة ايام كلمه فوق ههنا صله او
حرمه المسافرة بها في الثلاث ايضا فصار كقوله تعالى فان كن نسا فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك **قوله**
وباحد ظهرها وبطنها لما روي ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان امي سيئة الخلق فغضب رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال الم تكن سيئة الخلق حين حملتك وحين ارضعتك حولين الى ان قال الرجل ارايت
ان حملتها على عاتقي وحججت بها اكنت قاضيا حقها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا طلقه ولان بسبب
الستر ينعدم معنى العورة وبالمحرمية ينعدم معنى الشهوة فلا باس ان يمسها في الاركاب والانزال كما
في حق الجنس كذا في المبسوط **قوله** دون ما تحتها اي تحت الظهر والبطن وهو تحت السرة الى الركبة
حيث لا يجوز مسه فوق الثياب لان الاباحة للضرورة والضرورة ترتفع بمس الظهر والبطن ولان ما تحت
السرة عورة في حق جميع الناس بخلاف الظهر والبطن فانهما ليسا بعورة في حق النسا والضرورة ترتفع بالا
فلا يثبت الاباحة في اعلى الحرمتين كذا في الذخيرة **قوله** علاها بالدره اي ضرب علاوتها يعني راسها
قوله خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل الرازي حيث قال ينظر اليهما الا ما تحت السرة وبه قال الشافعي

وظاهر مذهبه كالرجل لما روى عن ابن عباس انه قال في حديث طويل ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر
اليها الا موضع المئزر ولنا عامل اهل الحرمين وقلنا قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك الايه لما نزلت
امر ان الحراير بتفضل سترهن به عن الاما لان الايه نزلت في حق الحراير فان المنافقين يتعرضون الحراير
والتمييز انما يحصل اذا احل للامه كشف مواضع الزينة سوى الوجه والبدن ولا يباح للحره ذلك
فدلت الايه على اباحه مواضع الزينه الباطنه في حق الاما للاجانب ولانها محل الشهوة والاباحة
للضرورة ولا ضرورة في الظهر والبطن كما في حق المحارم وكمال الشهوه في الاما على ما عرف ان عنده
الاعتاق متجزي وعندهما فيكون حرة عندهما وبه قال الشافعي وعن الحسن البصري انه يوجب على الامة
الخمار اذا تزوجت او اخذها السيد لنفسه وروى اذا ولدت وعن ابن سيرين ان ام الولد تصلي
متقنعه وبه قال احمد وحكى عن ملك ولا خلاف لاحد في المدبر **قوله** الضروره فيهن اي الضروره
التي لا مدفع لها فقال لا باس بمس ما لا يحل النظر اليه اذا اضطر اليه وفي المبسوط قال بعض مشايخنا
للاجنبي ان يولجها في الاركاب والانزال لان معنى العوره ولين عدم السير معنى الشهوة باق
والاصح انه لا باس بذلك اذا امن الشهوه على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجته من بلدة
الى بلدة ولا يجد محرما ليسافر معه وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها الا ترى ان امة المراة تغمز رجلي
زوجها وتخلو به ولا يمتنع احد من ذلك **قوله** والخصي مثله يقال خصاه اذا نزع خصيته خصا على
فعال والاخصا في معناه خطا واما الخصي فقياس وان لم يسمعه كذا في المغرب وفي الايضاح روي
عن عائشة رضي الله عنها انها سيلت عن الخصي فقالت انه رجل مثل به المثله لا يحل ما حرم على غيره
ولان الخصي في الاحكام مثل الشهادات والمواريث كالفحل وقطع الالة كقطع عضو اخر ومعنى الفتنة لا
يفوت والخصي قد يجامع وقيل اشد الجماع جماع الخصي لان الته لا تفتر وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل
فان كان مجبوبا جف ماوه وقد رخص بعض مشايخنا الاختلاط بالنسا لوقوع الامن الفتنة وقد قال
الله تعالى والتابعين غير اولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذي جف ماه والاصح انه لا يحل له
ذلك لعموم النصوص وكذا المخنث في الردي من الافعال اي الذي يمكن غيره من نفسه لانه فحل فاسق
اما المخنث الذي في اعضايه لين وفي لسانه تكسر ولا يشتهي النسا ولا يكون مخنثا في الردي من الافعال
فقد رخص بعض مشايخنا في تركه مع النسا وهو احد تاويل قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة
وقيل المراد به الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنسا انما همه بطنه والاصح انه من المتشابه وقوله للمومنين
يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها ان تبدي موضع الزينة
الباطنه بين يديه ولا يحل النظر اليها الا ان يكون طفلا صغير الجسد لانه مستثنى بالنص قال الله تعالى او
الطفل الذين لم يظهروا على عورات النسا لا يعرفون ما العوره ولا يميزون بينها وبين غيرها او لم يظهروا
لم يبلغوا او لم يقدروا على الوطي من ظهر على فلان اذا قوي عليه وظهر على القران اذا حفظه واطاقه
كذا في الذخيرة والكافي والفوايد الشاهية وروي انه كان في بيت ام سلمه مخنث فلما حاصر رسول
الله صلى الله عليه وسلم الطايف قال لعمر بن ام سلمة اذا فتح الله علينا الطايف دللتك على ابنة غيلان
تقبل باربع وتدبر بثمان وقال صلى الله عليه وسلم او هذا يعرف هذا لا يدخل عليكن كذا في الايضاح
ومعنى قوله تقبل باربع وتدبر بثمان المراد منه عكن البطن العكن جمع العكنه وهي الطي الذي يكون في
البطن من السمن اي هي اربع اذا اقبلت وثمان اذا ادبرت لان لكل عكنه طرفين الى جنبيها **قوله** تعالى
او ما ملكت ايمانهن هي الاما دون الغلمان لانهن دخلن في قوله تعالى او نسايهن لانه لا يشكل ان للامة
ان تنظر الى سيدها كالاجنبيات ولان بينهما شيا محرما للنكاح فكان كالمحرم واباحة النظر ثمه للحاجة

الدخول من غير استيذان واحتشام وهذا متحقق بين العبد وسيدته ولنا انه ليس بينهما زوجية
ومحرميه وحرمة المناكحة على شرف الزوال وكانت في حقه كمنكوحة الغير وهذا لان الحرمة الموبدة
تقلل الشهوه واما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الاحتشام والبلوى غير متحقق لان العبد
للاستخدام خارج البيت لا داخله وقد قيل من اتخذ عبدا للخدمة داخل البيت فهو كشخان **قوله**
والمراد بالنص وهو قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن الاما دون الغلمان فكان الغلمان مخاطبين
بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم الاية **فان قيل** لا يصح ان يكون المراد بقوله
او ما ملكت ايمانهن الاما لوجهين احدهما ان اباحة نظر الاما الى سيدهن استفيدت من قوله تعالى
في تلك الايه او نسايهن فلو حملت هذه الايه على الاما يلزم التكرار والثاني ان الاما لم يكن مرادة
من قوله تعالى او نسايهن وجب ان لا يكون مراده من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان بالحكم
انما يكون في موضع الاشكال ولا يشكل لاحد ان للامة ان تنظر الى مولاتها كما للاجنبيات والملك ان
لم يرد توسعه ينبغي ان لا يزيد تضييقا والمروي عن ام سلمة موافق له فان لها مكاتبا فلما انتهى الى اخر
النجوم قالت له اتقد رعلى الادا فقال نعم فاحتجبت منه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول اذا كان لاحديكن مكاتب فادى اخر النجوم فلتحتجب منه **ولنا** دعوى التكرار غير مسلم فان
المراد من قوله او نسايهن الحراير المسلمات لانه ليس للمومنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابيه وكذا
عن ابن عباس فالظاهر انه عنى بنسايهن من في صحبتهن من الحراير والنسا كلهن في حل نظر بعضهن الى
بعض سوا وعن الثاني ان الموضع موضع اشكال لان حالة الامه تفرق حالة الرجل حتى يسافر بغير محرم فاشكل
انه هل يباح لها التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى او نسايهن لان مطلق هذا
اللفظ يتناول الحراير دون الاما وحديث ام سلمه محمول على الاحتجاب لمعنى زوال الحاجة **فان
قيل** ذلك يحتاج الى الاخذ والاعطا في المعامله معه فيبدي وجهها وكفها له وقد زال ذلك
بالادا واحتجبت منه هذا كله مما اشار اليه في المبسوط والكشاف وفي التيسير وقول سمرة بن جندب
كقول سعيد بن المسيب وفي المجتبي اختلف في عمن الرجل فخذ الرجل فوق الازار قيل يجوز اذا كان الازار كثيفا
وبه اخذ الحلواني والاحتياط تركه ومس ما تحت الازار على ما اعتاده الجهله حرام في الحمام ولو نظر
الى عورة غيره وهي بادية لم ياثم **قوله** وقد ذكرناه في النكاح اي في مسئلة واذا تزوج امة فالاذن
في العزل الى اخره وقد بينا هنا الاختلاف واختيار الفتوى فلا نعيده

فصل في الاستبرا

اخر الاستبرا لانه احتراز عن وطي مقيد فالمقيد بمنزلة المركب والمركب موخر عن
المفرد ففي فتاوى قاضي خان اختلف فيمن انكر وجوب الاستبرا هل يكفر قيل يكفر لانه انكر اجماع الامة
وقال عامة المشايخ لا يكفر لانه ظاهر قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم يقتضي اباحة الوطي مطلقا وعرف
وجوب الاستبرا بالخبر فلا يكفر جاحده واللمس من وضرب واوطاس موضع على ثلاث مراحل من
مكة كانت به وقعة النبي صلى الله عليه وسلم الحبالى جمع الحبلى والحيالى جمع الحايل وهي التي لا حمل لها
وقيل انما قال الحيالى ليزواج الحبالى والقياس ان يقال الحوايل لانها جمع حايل ونظيره الغدايا والعشايا
والقياس العدوات وفي قوله من يستبري القياس بالهمز كذا في المغرب **قوله** ودل اي الحديث على معنى
الحدث وان ورد في المسبيه لكن السبب حدوث الملك اي سبب وجوب الاستبرا في المسبيه حدوث
الملك واليد **قوله** لان الحكم فيه اي في وجوب الاستبرا تعرف براة الرحم ولا يمكن الوقوف على حقيقته
فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث الملك الحل بسبب ملك الرقبه كما في المسبيه فدار الحكم عليه
تيسيرا **قوله** ويجب على المشتري لا على البايع وبه قالت الايمة الثلاثه وقال النخعي والثوري والحسن

قال سعيد والحسن
يتوره النور والحلو سعدا
لسناد لسعيد بن المسيب
وسعيد بن جبير
قالا في الاما
دون
الطلاق
ح

البصرى وابن سيرين يجب على البايع والمشتري وقال البتى يجب على البايع دون المشترى لان الصيانة
كما تجب على المشترى تجب على البايع وقال البتى هذا صيانة عن ماء البايع فيجب عليه وقلنا العلة
الحقيقية اراده الوطى فانه اذا اراد الوطى وجب الا يحل الا في محل فارغ كيلا يصير ساقيا ماءه زرع
غيره والمشتري هو الذي الى اخره **قوله** والكتابة بان كاتب عبده على جارية وغير ذلك كالدفع
بالجناية **قوله** اوصبي اى المشترى من مال الصبي بان باعها ابوه والمملوك اى المشتراه من عبده
ماذون له في التجارة مديون بدين محيط بكسبه وفي المبسوط لو اشترى من عبد الماذون لا استبرا
عليه ان كانت قد حاضت بعد ما استبراها ولا دين عليه لان المولى ملك رقبتها من وقت الشرا فيكفي
تلك الحيضة كما في يد الوكيل وان كان على العبد دين محيط برقبته وكسبه فكذلك الجواب عندهما
لان دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه وهو قول الايمة الثلاثة وقد مر وعند ابي حنيفة يستبرها
استحسانا وفي القياس لا لان المولى احق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع اخر
فيجتزى بتلك الحيضة والعبد لا يثبت له الحل ولا للغرما وفي الاستحسان يجب استبرا وها لان المولى
قبل الشرا لا يملك رقبتها عنده حتى اذا اعتقها لا ينفذ عتقه عنده وانما حدث له تلك الحل بسبب ملك
ملك الو ومن لا يحل له وطيها بان كانت اخته رضاعا للبايع او ورثها من ابيه وابوه استمتع بها
قوله بكرا لم توطا وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك ان كانت ممن يوطا مثلها لزمه الاستبرا وان
كانت ممن لا يوطا مثلها لا يجب الاستبرا وقال داود ان كان بكرا لا يجب لعدم توهم الشغل وعن ابي
يوسف فيما اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البايع لا يجب الاستبرا لانه لتبين فراغ الرحم وهو حاصل كما في
المطلقة قبل الدخول لا يجب العدة لهذا وقلنا ان هذه حكمة الاستبرا والحكم يتعلق بالعلة لا بالحكمة
لبطونها تيسيرا للامر على الناس **فان قيل** لا بد من توهم الشغل **قلنا** توهم الشغل بات اذ
المعتبر التوهم سوا كان من المالك او غيره وكذا في البكر التوهم بات لان الشغل يتصور بدون زوال
العذرة **قوله** خلافا لابي يوسف فان عنده يجتزا بها وبه قال الشافعي في وجه لان تبين فراغ رحمها يحصل
بتلك الحيضة كما لو وجد الحيضة في يد المشترى او في يد الوكيل وقلنا انها وجدت قبل علته
اذ هي تحصل بالملك ولا يعتبر قبلها كما لو حاضت قبل الشرا والحيضة الكاملة تجب عليه بالنص
فلا يجزا بعضها كما لو طلق امراته في حالة الحيض بخلاف ما في يد الوكيل لانها بعد تمام العلة **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله ان السبب استحداث الملك واليد **قوله** لان السبب قد تم الا وحدوث
ملك الحل بسبب ملك الرقبة وانما يملك جميع رقبته اذ تملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت
الحكم عند كمال العلة **قوله** والحرمة لمانع وهو الصوم او الكتابة وذا لا يمنع الاعتداد بالاستبرا كما
لو اشترى امة محرمة فحاضت في حال احرامها **قوله** اذا رجعت الابقة وفي فتاوى قاضي خان هذا
اذا ابقت ولم تخرج من دار الاسلام فلو دخلت دار الحرب ثم خرجت بغنيمة او شرا واخذها المولى لا
يجب الاستبرا عند ابي حنيفة وعندهما يجب وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله** ولها نظاير منها اذا ارتدت
امته فلا استبرا عليه خلافا لزفر لعدم سببه وهو استحداث الملك واليد ولا يقال هذا استدلال بعدم
الحكم لعدم العلة وهو فاسد لان السبب معين فدار الحكم عليه وجودا وعدما وصار كتعليل محمد في
ولد المغصوب لم يضمن لانه لم يغصب ومنها لو كاتبت امته ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبرا
وعند الايمة الثلاثة يجب وكذا لو باعها بالخيار الى ثلاثة ايام وسلمها الى المشترى ثم ابطل البيع والمدة
لا يلزمه الاستبرا وعند الايمة الثلاثة يجب وكذا لو باعها بالخيار الى ثلاثة ايام وسلمها الى المشترى ثم ابطل
البيع في المدة لا يلزمه الاستبرا وكذا لو باع ام الولد والمدبرة وسلم الى المشتري ثم استردها من المشتري

وطي المشترى لا يلزمه الاستبرا وبعد وطيه يلزمه وكذا لو قال ما لبيع قبل قبضها فعلى البايع الاستبرا
قياسا وهو قول ابي حنيفة اولا وبه قالت الايمة الثلاثة وفيما اذا باعها من امراة او خصي لانها زالت عن
ملكه والان ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل قبل القبض فصار كان البيع
لم يكن ولو حاضت عند المشترى ثم ردها بالعيب لم يقربها البايع حتى تحيض وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله**
حرم الدواعي وبه قال الشافعي في وجه لا يحرم وبه قال اكثر الفقها لان النص ورد في الوطى وهو معلول
بخوف الخلط بماء غيره وسقي زرع غيره بمائه وذلك معدوم في الدواعي فلم يتعد التحريم اليه ولا الدواعي
لا يحرم في المسبية وهي المنصوص والاصل وهذا فرعه فيستحيل ان يخالف الفرع الاصل ولنا ان الدواعي
في معنى الوطى فوجبت الحاقها به كما في الظهار وهذا لان الوطى حرام لاحتمال وقوعه في غير الملك بان
بان يكون حبلت من المالك الاول فتصير ام ولد بدعواه والبيع باطل فيصير ساقيا زرع غيره لانه تبين
انه وطي ام ولد غيره وهذا المعنى في الدواعي موجود لانها ان كانت حاملا من المالك فادعى الولد
فصارت ام ولده فيظهر ان الدواعي حبلت في ملك غيره وذلك بخلاف الحايض حيث لا تحرم الدواعي
بعد احتمال وقوعها في الملك ولان الدواعي في الحايض لا تفضي الى الوطى المحرم كما ذكر في المتن ولا
نص في المسبية وعن محمد انها لا تحتمل الوقوع في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لم يصح دعوة الحربي
بخلاف المشتراه والفرع لا يخالف الاصل لان ما هو ثابت في الاصل يثبت شي اخر في الفرع بدليل
ولا يوجد ذلك الدليل في الاصل **قوله** لما روينا وهو قوله عليه الصلاه والسلم ولا الحبالى حتى يضعن
وعند الشافعي ان كانت حاملا يحصل استبراها بقرء وفي القرء قولان عنده في قول ثلاث حيض وهو
الاصح وفي قول ثلاثة اطهار والاصل عنده ان الحامل تحيض والعجب من الشافعي انه خالف النص الصريح بالشهر
اى شهر واحد وبه قال الشافعي في قول وقال في اخر ثلاثة اشهر واذا حاضت في اثنايه اى اثناء
الشهر **قوله** وان ارتفع حيضها اى ارتفع حيضها لا بالاياس ولا بالصغر بان صارت ممتدة الطهر في
اوان الحيض وتركها اى لا يطاها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها اى وطيها **قوله** في ظاهر الرواية
وفي المبسوط وهو الاصح لان نصب المقادير بالراى لا يجوز وليس في ذلك نص لان المشايخ قالوا بشهرين
او ثلاثة وكان محمد يقول مقدر باربعة اشهر وعشرة ايام اعتبارا باكثر مدة العدة وهي عدة الوفاة في
الحرة ثم رجع وقال مقدر بشهرين وخمسة ايام وفي مبسوط الاسبيجابي وفتاوى قاضي خان والكافي وعليه
الفتوى لانه متى صلح المدة للتعرف عن شغل يوهم بالنكاح في الاما فلان يصلح للتعرف عن شغل يتوهم
بملك اليمين فهو دونه اولى وعن ابي يوسف انه قدر بثلاثة اشهر وعن ابي مطيع البلخي بتسعة اشهر
مدة الحبل في النسا عادة وعن زفر بسنتان لانه اكثر مدة الحمل وبعده لا يبقى في البطن **قوله** وقد
ذكرنا الوجهين في الشفعة ان عند ابي يوسف امتناع من التزام حكمه مخافة ان لا يتمكن من الوفا به اذا
لزمه وعند محمد فرار من الاحكام الشرعية وهذا ليس من اخلاق المومنين فيكره وقد مر في الشفعة
بيان الاختلافات بين العلما **قوله** ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق ربما لا يطلقها وفي فتاوى قاضي خان
ولو خاف ان لا يطلقها الزوج بعد قبض المشترى اذ الشرط ان يكون طلاق زوجها بعد قبض المشترى
فان في طلاقه قبل قبضه لا فايدة لوجوب الاستبرا بعد القبض في الاصح فالحيلة ان يزوجها على
ان يكون امرها بيده يطلقها متى شا **قوله** كما اذا كانت معتدة يعني اشترى امة معتدة وانقضت عدتها
بعد القبض لا يجب الاستبرا لان عند استحداث الملك بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشترى فلما لم يجب
عند وجود السبب لم يجب بعده لعدم تجدد السبب **قوله** بخلاف حالة الحيض والصوم حيث لا يحرم الدواعي
فيها لانا تركنا هذا الاصل فيهما بالنص لما انه عليه الصلاه والسلم يقبل بعض نسايه وهو صايم ويعانق وهي

الاستاع بها

حيض قالت ام سلمه كنت في فراش النبي صلى الله عليه وسلم فحضت فانسللت من الفراش فقال صلى
الله عليه وسلم انفست قلت نعم قال اتزري وعودي الى مضجعك ففعلت فما نقمي طول الليل ولان
ولان الحيض يمتد شطر عمرها اي قرب شطرها وهو الثلث اذ المراد البعض فتحرم الدواعي يفضي الى الحرج
بخلاف الاحرام والظهار والاعتكاف لان الدواعي لا تفضي الى الحرج فيها لانها تعرض وتنخاص **قوله**
فقبلها بشهوة قيد به لانه اذا قبلها بغير شهوة صار كانه لم يقبلها اصلا وان لم يقبلها له ان يقبل او
يطا ايتهما شا سواكان اسراهما معا او على التعاقب **قوله** لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا والمراد مطلق
الجمع عقدا او وطيا به لبيان انه معطوف على قوله حرمت عليكم امهاتكم والمراد تحريم العقد والوطي بالاجماع
والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الحكم تحقيقا لقضيه العطف ولا تعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم
وكان عثمان يتوقف فيه يقول احلتهما ايه وحرمتها وعلى رجح التحريم وقال التحريم اولى **قوله** وذكر
الطحاوي في شرح الاثار ان هذا قول ابي حنيفه ومحمد وبه قال ملك **قوله** وقبل بن عيينه وذلك
عند فتح خيبر فقال صلى الله عليه وسلم لا ادري بماذا اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر وعانق زيد بن
حارثه وكان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وكان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى
الله عليه وسلم وسئل ابن عباس عن المعانقه فقال اول من عانق خليل الرحمن عليه السلم كان بمكة فاقبل
اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة خليل الرحمن ما ينبغي ان اركب في بلد فيها خليل
الرحمن فنزل ومشى الى ابرهيم عليه السلم فاعتنقه وكان اول من عانق ولما روى عن انس بن ملك
رضي الله عنه قال قلنا يا رسول الله اينحني بعضنا لبعض قال لا فقلت ايعانق بعضنا بعضا قال لا
فقلت ايصافح بعضنا بعضا قال نعم والمصافحه جايزة وقيل مستحبه بلا خلاف للعلما وما رواه ابو
يوسف محمول على ما قبل التحريم قال الشيخ ابو منصور وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقه ما
كان على وجه الشهوة فاما على وجه البر والكرامة فجايز ورخص بعض المتاخرين بتقبيل يد العالم والمتورع
على سبيل التبرك فان ابا بكر قبل بعد ما قبض النبي صلى الله عليه وسلم بين عينيه وعن سفيان تقبيل
يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص قال الصدر الشهيد وهو المختار وفي شرح الطحاوي تقبيل
يد العالم والسلطان العادل سنه وفي يد غيرهما كلام والمختار ان لا رخصة فيه واما ما يفعله
الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض
بين يدي العلما فحرام والفاعل والراضي به اثمان لانه يشبه عبادة الوثن ولكن لا يكفر بهذه
السجود لانه يريد به التحية دون العبادة هكذا في شرح الطحاوي قال شمس الايمة السجود لغير الله
على وجه التعظيم كفر وذكر ابو الليث القبله على خمسة اوجه قبله الرحمه كقبله الوالدين لولدهما
وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن وقبله التحيه كقبله المومنين بعضهم بعضا وقبله الشفقه كقبلة
الولد والديه على وجه على الراس وقبله المودة كقبله الرجل اخاه او اخته على الجبهه وقبله الشهوة
كقبله الرجل زوجته وامته وزاد بعضهم قبله الديانة وهي قبله الحجر الاسود واما القيام
للغير على وجه التعظيم فمكروه لما روينا من حديث انس ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تقوموا كما يقوم
الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وفي فتاوى قاضي خان ما يدل على اباحته فقال فيه قوم يقرون القران
او واحد فدخل عليه واحد من الاشراف قالوا ان دخل عليه عالم او ابوه او استاده جاز ان يقوم
لاجله وفي سوى ذلك لا يجوز وعن الشيخ ابي القاسم الحكيم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنيا يقوم
له ويعظمه ولا يقوم للفقرا وطلبه العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنيا يتوقعون مني التعظيم
فلو تركت تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والتكلم

معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم كذا في جامع المحبوبي **قوله** لانه اي المصافحة
على ما ول التصافح هو المتوارث اي سنة قديمة في البيعة وغير ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما
من مسلمين يلتقيان ويتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا

فصل في البيع

اخر البيع عن الاكل والشرب والوطي واللبس لما ان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا
لا وما كان اكثر اتصالا احق بالتقديم العذرة رجيع الادمي وبقول الشافعي قال ملك واحمد لانه اي
السرقين يلقى في الاراضي لاستكثار الريع من غير نكير عن احد من السلف بخلاف العذرة لان العادة في
الانتفاع بها غير مخلوط لم يوجد **قوله** في الصحيح احترز عما روي عن ابي حنيفه انه قال لا باس بالانتفاع
بالعذرة الخالصة **قوله** على اي وصف كان اي بعد ان كان عاقلا مميزا سوا كان حرا او عبدا
رجلا او امراة كافرا او مسلما لما مر من قبل اي في فصل الاكل والشرب **قوله** لان اكبر الراي قام
مقام اليقين قال صلى الله عليه وسلم لوابصه ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك في
صدرك واستفت قلبك فدعه وان افتاك الناس به وقال صلى الله عليه وسلم الاثم حزاز القلوب
اي على المرء ان يترك ما حز في قلبه تحرزا عن الاثم ولهذا قال محمد رحمه الله في الاصل ان اكبر الراي يجوز
العمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدما فان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبره
انها امراته وسعه ان يعتمد خبره اذا كان ثقة عدلا وكان في اكبر رايه انه صادق فيغشاها ولو دخل
رجل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه مادا رمحه يشتد نحوه فان صاحب المنزل يحكم رايه فان كان اكبر رايه
انه لص قصد قتله واخذ ماله وخاف ان صاح يبادر بالضرب فلا باس ان يضربه بالسيف وان كان
اكبر رايه انه هارب من اللصوص لا ينبغي ان يعجل بقتله وان قتله وفي رايه انه لص ثم تبين انه رجل صالح
ففي القياس يقتص وفي الاستحسان عليه الدية **قوله** الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك وهذا
مثل دره في يد فقير لا يملك شيا او كتاب في يد جاهل ولم يكن في ابايه من هو اهل لذلك وكان التنزه
عن شرايه افضل ومع ذلك لو اشتراه يرجى ان يكون في سعة من ذلك لانه اعتمد دليلا شرعيا اذ اليد
دليل الملك كذا في المبسوط وجامع المحبوبي **قوله** وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا
كله مبني على قوله وان علم بجاريه الى اخره اي ان العبد والامة بالجاريه فقال العبد او الامة اني
وهبتها او بعتها منك ليس للاخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يساله عن ذلك لان المنافي للملك
وهو الرق معلوم ما لم يعلم دليلا مطلقا للتصرف لا يحل له الشرا منه لانه عالم انه لغيره ويد المملوك
ليس بمطلق للتصرف قبل الاذن من المولى **قوله** لقيام الحاجر بالراء المهمله اي المانع يعني ان الحاجر
عن التصرف ظاهر فما لم يترجح جانب الصدق بنوع دليل لا يعمل به وكذا الغلام الذي لم يبلغ حرا كان
او مملوكا فيما يخبر انه اذن له بيعه او ان فلانا بعث حقه اليه هديه او صدقه فان كان اكبر رايه انه
صادق وسعه ان يصدقه للعادة الظاهرة في بعث الهدايا على ايدي المماليك والصبيان وفي النزوع
عن العادة الظاهرة حرج بين فان كان اكبر رايه انه كاذب ينبغي ان لا يقبل منه شيا لان اكبر الراي فيما لا
يوقف على حقيقته كاليقين وقال الامام الحلواني الصبي اذا اتى بقالا بفلوس يشتري منه شيا واخبره ان
امه امرته بذلك فان طلب الصابون ونحوه فلا باس ببيعه منه لان الظاهر انه كاذب كذا في المبسوط
قوله فلا باس ان تعتده وتتزوج هذا في الاخبار اما في الشهاده فلا يصح وان كان الشاهد اثنين
حيث لا يقضي القاضي بالفرقه لانه قضا على الغايب ذكره في الفصول الاستروشني وفي التتمة اذا
اذا شهد اثنان ان فلانا طلق امراته والزوج غايب لا يقبل وان شهدا عند المراة حل لها ان تعتد وتتزوج
باخر وكذا اذا شهد عند رجل عدل ووقع في قلبها انه صادق **قوله** لان القاطع طارئ ولا

منازع وهذا لان القيد ان معيد انه لو كان المفسد مقارنا لا تقبل وفي النوازل اشترى امة
فقالت انا حرة لا يردها على البايع ولكن يتزوجها وحل له وطيها لانها امته او امراته وكان
سداد اذا اشترى امة يتزوجها ويقول لا ادرى لعلها حرة او جرى كلام الحرية على لسان اربابها نع
بطريق الاحتياط ولكن لا يعتق بذلك **قوله** حيث يقبل قول الواحد فيه اى في الاخبار بالارتضا
لان القاطع طارى فلم تثبت المنازعة في الاقدام الاول فيقبل خبر الواحد فيه **فان قيل**
ينبغي ان لا يقبل لما ان الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد كما لو اشترى لحما ثم اخبر واحد
انه ذبيحة مجوسي حيث لا يبطل بهذا الخبر ملك المشتري ولا يرجع بالثمن على البايع لان ملك الغير لا
يبطل بخبر الواحد **قلنا** ملك الغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال لانا نعرف
بقاءه باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال اما الخبر بكونه ذبيحة مجوسي
ليس بخبر بالمفسد الطارى بل هو خبر بفساد البيع من الاصل والاقدام على الشرا منازعة منه بصحة
البيع فلا يقبل خبر الواحد دون شهادة شاهدين وكذا فيما بعد صحة النكاح يثبت من الابتدا
بدليل موجب له وهو العقد الذي عاينه فلا يبطل ذلك بخبر الواحد ومن القاطع الطارى ايضا ما
لو قالت طلقني بعد النكاح او ارتد بعده وسعه ان يعتمد خبرها ويتزوجها لانه اخبرت بحلها للزوج
بسبب محتمل اما لو قالت بعد النكاح انه كان مرتدا حين تزوجني او اني كنت اخته من الرضاعة
لا يعتمد خبرها لانه خلاف المعلوم اما اذا اخبرت بحرمة بسبب عارض بعد النكاح من رضاع او
غير ذلك وشك على ذلك فان كانت ثقة مامونة او غير ثقة الا ان اكبر رايه انها صادقة فلا باس
بتزوجه لما ذكرنا ان الملك الثابت في الحال للغير بالاستصحاب وخبر الواحد مقدم عليه اليه
اشار في المبسوط **قوله** وعلى هذا الخلاف اى الاصل وهو اى خبر الواحد انما لا يعمل في موضع
المنازعة لحاجتنا الى الالزام ويعمل في موضع المسالمة لعدم المنازعة واراد بقوله ما تقدم من قوله
ولو قالت جارية كنت امة لفلان الى اخره **قوله** يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه ولا خلاف فيه
وعن محمد هذا اذا كان القضا والاقتضا بالتراضي فاما اذا كان بالقضا بان القاضي قضى عليه بهذا
الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضايه وانما حرم عند الاقتضا بالتراضي لقوله
صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم اكل ثمنها وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا
وذكر من العشرة اكل ثمنها ولان العقد لما لم ينعقد في حق المسلم فكان الثمن كالمغصوب لوجوب
رده على البايع شرعا ولو قضى دينه بدراهم مغصوبة لا يحل للقابض قبضه اذا علم فكذا هذا
وقال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لا يحل اخذه ولا خلاف فيه بين العلما وعلى هذا قالوا
لو مات واحد وكسبه من بيع البادق والظلم واخذ الرشوة يرده الورثة على اربابها ان عرفوهم
ديانة وان لم يعرفوهم تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر رده كذا في جامع
المحبوبي **قوله** ويكره الاحتكار الى اخره الاحتكار افتعال من حكر اى حبس فاحتكار الطعام
حبسه متربصا للغلاء ومحل الاحتكار ما هو قوت الادميين والبهايم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وعليه الفتوى لان الاعتبار للضرر المعتاد الغالب وابو يوسف اعتبر نفس الضرر وكيفيته ان يشتري
من فسطاس المسلمين اى مدينتهم فاما من جلبه من ارضه او مدينة اخرى فلا احتكار فيه **قوله**
والاصل فيه اى في كراهية الاحتكار قوله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق الحديث متفق عليه
وقال صلى الله عليه وسلم من احتكر على الناس الطعام رماه الله بالجذام وفي رواية من احتكر الطعام
اربعين ليلة يطلب القحط فعليه لعنة الله والملايكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا

ضرار

كذا ذكر في الكافي فالتصرف النفل والعدل **قوله** مكروه في الوجهين اى في الاضرار وعدم الا
قوله ثم المدة اذا قصرت الى اخره قالوا اذا تحقق الاحتكار ثم قلت مدة الامتناع او كثرت
لان الاثم للاضرار وقد وجد ولا يعزر ما لم تطل المدة لان التعزير عند ظهور الجناية وذلك
بعد المدة الكثيرة واختلفوا في تلك المدة على ما ذكر في الكتاب ومعنى قوله يرى الله تعالى منه اى
خذله الله **قوله** غير محمود يعني بطريق الاحتكار اما الاسترباح بلا احتكار فلا باس به وكذا في
الشاهية **قوله** ولا ينبغي للسلطان ان يسعر فالتسعير لا يحل بلا خلاف للعلما فيه الا في صورة تعدي
ارباب الطعام فانه لا يكره عندنا ومالك وحكي عن مالك انه يلزم التسعير عام الغلا نظرا للعامة
وفي جامع المحبوبي حكي عن ابي حفص الكبير انه دفع الدراهم الى امنايه في وقت غلا الطعام ليقوموا على
الطريق خارج البلد ويقولون للرستاقي انما يباع الطعام في الجونق بخمسين درهما الكل ولم يجد ههنا عشرة
وبع طعامك في الجونق بالربح ففعلوا ذلك حتى وقع في المصر ان الطعام قد رخص ونقلوا طعاما كثيرا
فلما اجتمع الطعام الكثير في الجونق رخص الطعام ببركة حسن نيته **قوله** تعديا فاحشا بان يبيعوا
قفيزا بمايه ويشترى بخمسين لانه اى ابو حنيفة لا يرى الحجر على الحر العاقل وفي ابطاله نوع حجر عليه
وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح وبه قالت الايمة الثلاثة وفي المحيط سعر السلطان وقال
لا تنقصوا فاشترى احد شيا والخباز يخاف ان نقص من ذلك يضربه السلطان لا يحل اكله وحيلته
ان المشترى يعني ما يحب **قوله** لدفع ضرر عام كالحجر على الطبيب الجاهل والمكاري المفلس والمفتي
الماجن وهذا راجع الى العامة **قوله** وقالا لا ينبغي ان يكريه بشي من ذلك اى لا يجوز وبه قالت
الايمة الثلاثة لانه اعانة على المعصية قال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم
والعدوان **قوله** تقطع نسبة المعصية عنه اى عن العقد **قوله** وقالا يكره وبه قالت الايمة
الثلاثة ولا يجوز العقد عندهم وعلى هذا الخلاف اذا استاجر من مسلم دابة او سفينة لينقل
عليها خمرا او استاجره ليرعى خنازيره ذكره شيخ الاسلام **قوله** وليس الشرب من ضرورات
الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل والحمل قد يوجد بلا شرب بان يكون الحمل للاراقة او
للصب في الخل ليتخلل فلم يكن المعصية من لوازمه بل المعصية توجد باختيار الفاعل فلم يوجب
كراهة الحمل وصار كما لو استاجره ليعصر العنب او ليقطعه وهذا قياس وقولهما استحسان وقال
محمد في الاصل اجر مسلم داره ليسكنها فشرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم اثم لانه
المعصية في قصد المستاجر لا رب الدار فلا اثم عليه وقال الامام السرخسي وهذا كمن باع جارية
ممن لا يستبريها او ياتيها في غير الماتى لم يلحق البايع اثم وكذا لو باع غلاما من فاسق يقصد الفاحشة
به لا يلحقه اثم ولو كان مستاجر الدار مسلما فظهر منه فسق فيها او كان يجمع الناس فيها على الشرب منعه
رب الدار على سبيل النهي عن المنكر لانه فرض على كل مسلم ولا يخرجها من الدار مسلما كان او
ذميا لان عقد الاجارة لازم لا تنفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من ذلك
ولهذا لو باعه الدار لا تنفسخ البيع بما ظهر منه فكذا الاجارة كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي **قوله**
هذا عند ابي حنيفة وبه قال مالك واحمد في رواية وقالا لا باس ببيع ارضها وبه قال الشافعي
واحمد في رواية **قوله** لظهور الاختصاص بهم شرعا يويده قوله صلى الله عليه وسلم وهل ترك لنا
عقيل من دار وفي رواية من ربع وهذا دليل على ان عقد مكة عرضة التملك والتمليك قال شمس
الايمة استولى عليها فملكها وقد تعارف الناس بيع الاراضي والدور بمكة من غير نكير ولانها حرة
اى خالصة لله تعالى ووقف الخليل عليه السلام موضع الحرم **قوله** ومعنى ان يستودعه يعني الحيلة

انه لا يكره لو اراد ذلك يستودع البقال درهما ثم ياخذ منه شيا فشيا بملك ما اعطاه جزا فجزا
بمقابله ما ياخذ فلو هلك الدرهم اي ضاع لا شي على البقال لانه اودعه وليس بقرض كذا في
الايضاح وفي النوازل عجل البقال درهما لياخذ منه شيا فشيا لا باس به ما لم يشترط عليه لانه
انما يدفعه لياخذ منه متفرقا ولو اقرضه اياه بلا شرط لا باس به وهو قول ابي حنيفة واصحابه
مسايل متفرقة **قوله** اخلال بالحفظ اي بعشير المصحف جعل العواشر فيه
بالتعشير بحفظ الاي وبالنقط بحفظ الاعراب فكانا حسنين وعلى هذا كتبه اسامي السور وعدد
اي السور فهي وان كان احداثا فهو بدعة حسنة وكم من شي يختلف باختلاف الزمان كذا ذكره التمرتاشي
وفي المحيط قراءة القران اشرف الاذكار ولهذا قالوا انه صلى الله عليه وسلم كره رفع الصوت عند قراءة
القران وعند الجنايز ومن عادة اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كراهة رفع الاصوات عند الجنايز
وقوله القران ذكر ومن المشايخ من قال ختم القران بالجماعة بالاجزاء الثلاثين مكروه لما فيه من الغلط
وفي المجتبى والعامة جوزوه بدعة حسنة صرورة احراز فضل الختم في ساعة وقراءة القران للدنيا مكروهه
والافضل ان لا يعطي للقاري شيا وفي الواقعات يمنع القاري والاخذ والمعطي اثمان وكتابته على الجدران
والمحارب ليس بمستحسن والذكر من طلوع الفجر الى طلوع الفجر افضل من قراءة القران ولا تستحب القراءة
عند طلوع الشمس وعند غروبها ولو تغنى بالقران ولم يخرج بالحانه عن قدر صحيح في العربية مستحسن
قال فخر الاسلام قراءة الماشي والمحترف تجوز اذا لم يشغله ذلك ولا باس بقراءة الامام عقيب الصلاة
اية الكرسي وخواتيم سورة البقرة جهرا والاخفا افضل ومد الرجل الى مصحف ليس بحذايه او معلق فوقه
لا يكره وقراءة الفاتحة بعد الصلاة للمهمات بدعة لكنها مستحسنة للعادة ولا يجوز المنع منها ويجوز
كتابة الاية والايتين بالفارسية والاكثر منه لا يجوز قال الرازي اخاف ان يكون زنديقا او مجنونا
فالمجنون يشد والزنديق يقتل ويكره كتابة التفسير بالفارسية في المصحف كما يعتاده البعض ورخص
فيه الهندواني وما كتب سلمان الفاتحة بالفارسية لاهل فارس كان للضرورة وعن ابي حنيفة القصص
مكروه او يحدث الناس بما ليس له اصل معروف من احاديث الاولين او يزيد او ينقص او يعظ الناس
بها لا يتعظ به وقلبه ساه فاما ما سواه فغير مكروه قال نجم الدين الحفصي يريد به الزيادة في
اصله والنقصان منه اما التزين بالعبارات اللطيفة المرقعه والشرح للفوايد التي تتضمنها الكلام
فذاك حسن ولا باس بنثر الدراهم التي كتب فيها اسم الله تعالى ولا باس بوضع القرطاس الذي كتب
فيه اسم الله تعالى تحت الطنفسه وفي جامع شمس الايمة الرسايل والاثار والكتب التي لا منفعة فيها
فيمحى عنها اسم الله تعالى وملايكته ورسله ويحرق بالنار ولو القاها في الما الجاري او دفنها لا
باس به والدفن احسن كما في الانبيا والاوليا اذا ماتوا وكذا جميع الكتب اذا بليت وخرجت عن الانتفاع
قوله وقد ذكرنا من قبل اي في كتاب الصلاة وفي اوايل فصل الاكل والشرب **قوله**
وقال الشافعي الى اخره وبه قال احمد وهم كفار اي وفدا ثقيف وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة
قوم انجاس فقال صلى الله عليه وسلم ليس على الارض انجاسهم شي انما انجاسهم على انفسهم وروي ان
ان ابا سفيان دخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في حال كفره لتجديد عهد الهدنة وهذا لان
الخبث في اعتقادهم فلا يفضي الى تنجيس المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء اي على منعهم ان يدخلوه
مستولين وعلى اهل الاسلام مستعلين من حيث التدبير والقيام بعمارة المسجد فان قبل الفتح كانت الولاية
والاستعلاء لهم ولم يبق ذلك بعد الفتح **قوله** وهو مثله محرمة فان المثله حرام بالاجماع **قوله**
ولا باس باخصاء البهايم والصواب بخصاء البهايم ذكره في المغرب لا يبيح ذلك في الخيل مالك وقال انه يضعفها

في الغزو وهو المقصود الاعظم ويقطع نسلها وقد رغب في تربيتها والقيام بها لحاجتها في الجهاد ذكره
في الجواهر وعن عمر انه نهى عن اخصاء الفرس وعن علي مرفوعا انما يفعل ذلك من لا خلاق له في الاخرة
وقلنا انه صلى الله عليه وسلم ركب فرسا لان الخصا يذهب صهيله لا لانه حرام **قوله** لما فيه اي في
الركوب فتح باب الحرام وما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى بني هاشم عن انزاء الحمر على الخيل لان الخيل كانت
قليلة فيهم فاحب ان يكثر فيهم الخيل هكذا قاله عبد الله بن الحسن **قوله** بعيادة اليهود والنصراني
لانها لان في عيادة المجوسي اختلاف المشايخ على ما نبينه وذكر الملفظ لا باس به لان بركة افضل
وعن بعض اصحاب الشافعي الاسلام شرط لجواز العيادة وما ذكرنا انه صلى الله عليه وسلم عاد غلاما
يهوديا به اسباه وقال صاحب الحليه والصواب عندي ان يقال عيادة الكافر في الجملة جايزة والقربة
فيها موقوفة على نوع حرمة يقترن بها من جوار وقرابة روي ان يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه
وسلم فعاده وقعد عند راسه وقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه فقال
له ابوه اجبه فاجابه وشهد فقال صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ولان
العيادة شرعت برا وصلة ولا باس ببر اهل الكتاب قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في
الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الاية وقيل لا يجوز لان المجوس ابعد عن الاسلام من اليهود
والنصارى ولهذا لا يحل ذبيحة المجوسي ونكاحهم واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه
لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين ولو مات ليهودي او مجوسي جاره او قريبه ينبغي
ان يعزيه ويقول اخلف الله عليك خيرا منه واصلحك بالاسلام ورزقك ولدا مسلما ذكره في
النوادر ويكره ان يبدا بالسلام الكافر ولا يكره رد الجواب ولكن لا يزيد على قوله وعليكم ولا خلاف
فيه وان كان للمسلم حاجة عنده فلا باس بالسلام عليه **قوله** لانه ماثور فانه روي عن ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اثنتا عشرة ركعة من صلاها في ليل او نهار وقرا في كل ركعة
فاتحة الكتاب وسورة وتشهد في كل ركعتين وسلم ثم سلم بعد التشهد من الركعتين الاخيرتين قبل السلام
ويقرا فاتحة الكتاب سبع مرات واية الكرسي سبع مرات ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له
الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شي قدير عشر مرات ثم يقول اللهم اني اسالك بمعقد العز من
عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ان تقضي حاجتي
فان الله تعالى يقضي حاجته ثم قال صلى الله عليه وسلم لا تعلموها السفهاء لانها دعوة مستجابة والاحوط
جواب الكتاب كذا في جامع قاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي **قوله** ويكره اللعب الى اخره اي يحرم
بدليل قرانه بالنرد والاربعة عشر وكل منها حرام بالاجماع بلا خلاف وهو محكي عن الشافعي قال
سهل بن محمد الصعلوكي رييس اصحاب الشافعي يباح اذا سلمت اليد من الخسران والصلاة من النسيان
واللسان من الهذيان فهو ادب بين الخلان وفي الحليه ويكره اللعب بالشطرنج ولا يحرم اذا لم يكن على
عوض ولم يترك به فرض صلاة ولم يتكلم عليه بسخف وهو معنى قول الصعلوكي ولو اكرمه ردت
شهادته وبه قال مالك واحمد وكذا لو لعب به على الطريق ومع الاوباش يحرم اما لو لعب به مع الامنا
لتشحيذ الخواطر وتذكير الافهام من غير ادمان لا يحرم وفي المجتبى وقول الشافعي رواية عن ابي يوسف
ولنا ما ذكر من الحديث في المتن ومر ابن عمر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل
التي انتم لها عاكفون ولانه لعب يصد عن ذكر الله فيكون مكروها واما منفعته فمغلوبة تابعة والعبرة
للغالب في التحريم الا ترى الى قوله تعالى واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم وهل رايت صاحب
الشطرنج يصلي فضلا عن الجماعة ولان النرد حرام باجماع المسلمين وان خلا عن القمار لانه عبث

وقد قال تعالى افحسبتم انما خلقناكم عبثا وقد قال صلى الله عليه وسلم كل لعب ابن ادم حرام الا بثلاثه ملاعبة الرجل مع اهله وتاديبه لفرسه ومناضلته بقوسه والسطرنج لعب مثل الثلاثه ثم المسابقه في الخيل والابل والاقدام جايزه بالسنة واجماع الامة وان شرط المال من جانب واحد بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شي لي وحكي عن ملك لا يجوز لانه قمار وان كان اشتراط العوض من الامام يجوز بالاجماع لان هذا مما يحتاج اليه ولانه حث على الجهاد وحرم لو شرط المال من الجانبين بالاجماع الا ادخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شي لك وهو فيما بينهما ايهما سبق اخذ الجعل عن صاحبه وسال اشهب ملك عن المحلل قال لا احبه ولنا ما روى ابو هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يامن ان يسبق فليس قمارا وان امن ان يسبق فهو قمار رواه ابو داود فلهذا اشترط ان يكون فرس المحلل او بعيره مكافيا بفرسيهما او بعيرهما وان لم يكن مكافيا بان كان احدهما بطيا فهو قمار قال محمد ادخال الثالث انما يكون حيلة اذا توهم سبقه ذكره في التتمه ويشترط في المسابقه في الحيوان تحديد المسافة وكذا في المناضله في الرمي ويسمي الرمي نضالا لان السهم التام يسمي نضلا والمسابقه بالاقدام يجوز اذا كان المال مشروطا من جانب واحد وقال الشافعي في قول وقال بعض المنصوص لا يجوز وبه قال ملك واحمد اذا كان بجعل لما روى ابو هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا في نصل او خف او حافر رواه ابو داود فبقي السبق في غير هذه الثلاثه ولنا انه صلى الله عليه وسلم سابق عايشه وصارع ركانه والمراد بحديث ابي هريرة انه لا حاجة في المسابقة في الجهاد الا في هذه الثلاثه وقال ملك واحمد يمكن ان يكون المراد نفي الجعل ولا يجوز المسابقه في البغال والحمير وبه قال الشافعي في قول واحمد ومالك الا اذا كان بجعل وقال الشافعي في قول يجوز وفي الذخيره المتفقهه اذا قال لاخر ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان الجواب كما قلت فلا اخذ منك شيا يجوز والقياس كله باطل ويجوز استحسانا لما فيه حث على معنى يرجع الى الجهاد وكذا في المتفقهة حث على الجهد في التعلم **قوله** وفي القياس كله باطل وبه قالت الايمه الثلاثه الا ان احمد يجوز دعوته وقد مر في الماذون **قوله** لا اب له هذا قيد غير لازم فان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فالزوج يقبض الهبة لها يجوز لانه نفع محض فلا يشترط الولاية كذا ذكره فخر الاسلام وقد مر بيان الاختلاف في باب اللقيط القنية اصل مال للنسل لا للتجارة **قوله** واجارة الاظار وفي اكثر النسخ واجارة الصغار ويوافق لرواية الكافي وغيره وفي النهاية ولا يقال هذه المسله مناقضه لروايه بعدها بقوله ولا يجوز للملتقط ان يواجره لان كل واحد محمولة على حاله فجواز اجازته محمول على حالة الضرورة بدليل عدها من الضرورة وعدم جوازها في غير حالة الضرورة او في المسله روايتان او نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون جنسها لا بد للصغار منه وبعضهم لم يقدروا على دفع المناقضه غيروا لفظ الكتاب بقوله واجارة الاظار والاول اصح **قوله** ولا يجوز للعم وان كان في حجره وكذا الاخ والملتقط وفي الكافي لو كان الصغير في عيال العم فاجرته امه عند ابي يوسف لانه من الحفظ وقال محمد لا يجوز لان الحفظ هنا للعم **قوله** ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز اي لا يلزم وفي المغرب راية الغلام غل يجعل في عنقه يعلم بها انه ابق وروي الداية بالدال وهو غلط لانه عقوبة اهل النار اي الكفار فيكره كالاحراق بالنار وقال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله تعالى ولانه محدث وشر الامور محدثاتها وقال صلى الله عليه وسلم كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار وفي المحيط وفتاوى قاضيخان هذا في

في زمانهم لقلة الاباق فيهم اما في زماننا لا يكره لغلبة الاباق فيهم خصوصا في الهنود فصار كالقيد **قوله** يرد به التداوي وقيد به لانه لو اراد به التسمين لا يباح وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي الحديث وهو ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال تداووا عباد الله فان الله تعالى ما انزل داء الا انزل له شفا متفق عليه وفي روايه ما خلق الله تعالى داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم وقال صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء فاذا اصيب الدواء برا باذن الله تعالى وقد انعقد الاجماع عليه والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى قال تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخله الايه فالله تعالى قادر على ان يعطيها من غير هزها وقال صلى الله عليه وسلم لاعرابي قيدها وتوكل على الله وعند اهل السنه والجماعة التوكل المامور به بعد كسب الاسباب لا قبله **قوله** لان الاستشفا بالمحرم حرام وذكر الصدر الشهيد ان الاستشفا بالمحرم حرام وبه قال ملك واحمد وفي التهذيب للبغوي يجوز للعليل شرب البول والدم والميته للتداوي اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاك به فيه وجهان وهل يجوز شرب العليل من الخمر للتداوي قال فيه وجهان وما قاله الصدر الشهيد بان الاستشفا بالمحرم حرام ليس يجري على اطلاقه والاستشفا بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم فيه شفا اما اذا علم فيه شفا وليس له دواء اخر غيره يجوز الاستشفا لانه حينيد تنكشف الحرمة وما روى عن ابن مسعود محمول على ما اذا عرف له دواء غيره **قوله** ويفرض له اي لعتاب اربعين اوقيه والاوقيه بالتشديد اربعين درهما وكذا كان ابو بكر ياخذ كل يوم درهما وثلثا درهم وعمر ياخذ كفايته وتكلم العلما رحمهم الله انه صلى الله عليه وسلم من اي مال فرض ولم يكن يومئذ دواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه قيل فرضه من الفي وقيل من المال الذي اخذ من نصارى بني نجران ومن الجزيه التي اخذها من مجوس هجر **قوله** فان كان شرطا بان قال في ابتدا التقليد انما اقبل القضا اذا رزقني الوالي في كل سنة كذا بمقابلة قضاي والا فلا اقبل فهو حرام لان القضا اعظم الطاعات فاذا بطل الاستيجار على ساير الطاعات فعلى هذه احق ولهذا لا ينفذ حكم القاضي بالرشوه وان كان لا ينعزل بالفسق عندنا خلافا للشافعي والمعتزلة وقد مر في القضا **قوله** فالافضل الامتناع على ما قيل قال الصدر الشهيد ان استعف فتنزه كان افضل قال تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف الايه وان كان نزولها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم بسبب ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبه وقد روي عن عثمان انه لم ياخذ وهذا كله اذا كان بيت المال جمع من حلال اما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده وليس ذلك بمال عامة المسلمين **قوله** هو الصحيح وفي الكافي وعليه الفتوى **قوله** على اختلاف معروف في نفقه المراة يعني على قول محمد يجب الرد وعلى قول ابي يوسف لا يجب الرد وقاسوا على النفقه المستعجلة للمراة اذا مات زوجها في نصف السنة كذا في جامع فخر الاسلام وشمس الايمة وقد مر **قوله** بان تسافر الامة اجمعوا ان لا يجوز للحرة ان تسافر بغير محرم ولا تخلو برجل وقيل لا يباح المسافرة والخلوة مع امة الغير وقيل يباح ولا يكره للامة والمدبرة وام الولد المسافرة بلا محرم وقيل هذا في زمانهم اما في زماننا لا يحل لغلبه اهل الفسق كذا في المحيط والتتمة

كتاب احيا الموات

ايراد احيا الموات بعد الكراهيه لما فيه من مسايل الكراهة او لان احيا الارض احيا صورة فكان المراد منه التسبب للحياه النامية فكان قريبا الى حقيقة الاحيا كما ان الكراهة حرمة صورة وترتيب

الى الحرمة القطعية كذا قيل ومحاسن الاحيا ظاهرة لما فيه من عمارة الارض وحصول المنافع منها قال ابو نصر المراد من الحياه ههنا الحياة النامية قال تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها وسمي مواتا لبطلان الانتفاع بها وقال موتا بضم الميم وسكون الواو او ما اشبه ذلك بان صارت سبخة او غلبت الرمال عليها **قوله** فما كان عاديا اي قديم خرابه لان يكون منسوبا الى عاد وينسب كل اثر قديم اليهم لتقدمهم قال صلى الله عليه وسلم عادي الارض لله ولرسوله ثم هو بعد مني لكم رواه سعيد بن منصور في سننه وابو عبيد **قوله** او كان مملوكا في دار الاسلام لم يعرف له مالك هذا قول بعض المشايخ وقد ذكر في الذخيره الاراضي المملوكة في دار الاسلام اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة فلا يجوز احياوها وبه قال الشافعي في قول واحمد في روايه لقوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا مواتا في غير حق مسلم ولان لها مالك فلم يجز احياوها كما لو كان مالكها معينا وقيل كالموات فيملك بالاحيا وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية ومالك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له **قوله** فاما التي هي مملوكة الى قوله واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لواحد ان يتملك على التخصيص فكذا هذا **قوله** على ما قال اي القدوري شرط ابو يوسف وهو قوله اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت قال قاضي خان واصح ما قيل فيه ان يقف الرجل على طرف عمران القرية فينادي باعلى صوته فالى اي موضع ينتهي اليه صوته فيكون من فنا العامر وفي الذخيره ينادي جهوري الصوت باعلى صوته على مكان عال فالموضع الذي لا يسمع صوته يكون بعيدا وعن ابي يوسف في روايه ان البعيد قدر غلوه **قوله** فيدار الحكم عليه اي على القرب الذي هو دليل الارتفاق وعدمه اذ الارتفاق مخفي لا يطلع عليه بعض الناس لتفاوته بكثرة المواشي وقلته فجعلنا القرب مقام الارتفاق كما في السفر مقام المشقة والحاصل ان عند ابي يوسف مدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمها وبه قال الشافعي ومالك واحمد واجمعوا على ان ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لا يجوز احياوه لما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال من احيى ارضا مواتا في غير حق مسلم الحديث فقد شرط عدم تعلق حق الغير به ولان التحديد لا يعرف الا بالتوقيف ولا توقيف قال ابن قدامه في المغني التحديد تحكم ولم يرد الشرع به ليس كذلك لما قلنا ان تعلق حق الغير مخفي فيدار الحكم على دليله وهو القرب والظاهر ان الارتفاق لا ينقطع بالمقدار الذي قلنا **قوله** بغير اذنه اي اذن الامام لم يملكه عند ابي حنيفة وعندهما يملكه وبه قال الشافعي واحمد واصبغ وسحنون المالكيين وقال مالك ان كان قريبا من العامر في موضع يتشاح الناس فيه افتقر الى اذن الامام والا فلا لما قوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا الحديث فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلى من اذن الامام كما في الحطب والصيد يعني لو اخذ حطبا او صيدا او حشيشا فيه يملكه بدون اذنه وكذا لو وجد معدنا او ركازا في موضع لا حق لاحد فيه يكون له بدون اذنه ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم الا ما طابت نفس امامه وهذا نص عام فيتناول الامور التي يحتاج فيها الى راي الامام والتدبير في الارض العادية للامام لان حكمها حكم الغنيمة وقوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا الحديث لبيان السبب وبه نقول لكن الاذن شرط وليس فيه ما ينفي هذا الشرط وقد دل الدليل على اشتراطه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق لان السبق على راي الامام والاخذ بطريق التغالب في معنى عرق ظالم ومعنى ان يشترط وقال الطحاوي ان رجلا بالبصره قال لابي موسى اقطعني ارضا لا تضر باحد من المسلمين ولا ارض خراج ان اتخذها قضبا وزيتونا فكتب ابو موسى الى عمر فكتب عمر اليه اقطعها اياه فان رقاب الارض لنا فدل ان رقاب الارض

لائمة المسلمين وقال صلى الله عليه وسلم لا حمى الا لله ولرسوله متفق عليه فدل ان حكم الاراضي الى الامام وروي عن ابن عباس عن صعب بن جثامة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا احيا الا لله ولرسوله **قوله** وما رواه محمول على الاذن لقوم مخصوصين لانه نصب شرعا كما في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه وان كان يحتمل نصب الشرع فيكون محتملا فلم يصلح معارضا لما رواه ابو حنيفة لانه لا يحتمل الا وجها واحدا فيحمل ذلك على الاذن عملا بالدليلين **قوله** كما في ساير الغنائم اي التي لم يقسم وفي بعض النسخ المغانم **قوله** فقد قيل الثاني الحقها الى اخره اصل هذا اي من احيى ارضا ميتة هل يملك رقبتها قال بعض المشايخ منهم ابو القاسم احمد البلخي لا يملك ويملك ملك استغلالها وبه قال الشافعي في قول لانه قال صلى الله عليه وسلم في حديث فهو احق به فدل ان قوله صلى الله عليه وسلم فهي له اضافة التخصيص اي هو المنتفع به بدون ملك كما مر النبي صلى الله عليه وسلم بحايط فقال النبي صلى الله عليه وسلم لمن هذا فقال رافع ابن خديج لي يا رسول الله استاجرته وعند عامة المشايخ يملك رقبته وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فهي له واللام للملك اذا قوي الاختصاص به كما بين في الاصول فلا يعارض بعارض وملكه لا يزول بتركه **قوله** لتعينها اي الارض الرابعة لتطرقه فان من احيى ارضا يملك مرافق الاحيا بتعالد فهي الارض يملك مراعيها ويحيض ما وها ويبذر زرعها وما لا يستغنى عنه من مرافقها بالاجماع وعند ابي حنيفة مرافقها ان ما لم يبلغه ماوها وبعد منها وعند ابي يوسف حريمها ما انتهى اليه صوت المنادي من حدودها **قوله** ويملك الذمي بالاحيا كالمسلم وبه قال ملك واحمد لعموم الحديث ولان الكافر يملك المباح بالاستيلا وقال الشافعي واحمد في روايه لا يملك الذمي بالاحيا في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين ولان موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك وفي الحديث الذي رواه عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم بعدي ومن احيا مواتا من الارض فله رقبتها هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي صلى الله عليه وسلم والعجب من الشافعي انه لم يعمل بالمرسل وقد عمل به واما قوله موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين قلنا الذمي بعقد الذمة يصير من اهل دارنا ولهم مرافق دار الاسلام فيملك بالاحيا كما يملك مباحاتها حتى الاستيلا على اصلنا يعني الكافر مال الكافر بالاستيلا كما يملك المسلم عندنا خلافا للشافعي **قوله** هو الصحيح احتراز عما روي عن بعض مشايخنا انه يصير ملكا بالتحجير ذكره في المحيط وذكر خواهر زاده ان التحجير يفيد ملكا موقتا الى ثلاث سنين وبه قال بعض اصحاب الشافعي في الاصح واحمد لكن يصير هو احق به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من سبق ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به رواه ابو داود وروى سعيد في سننه ان عمر قال من تحجر ارضا يعطلها ثلاث سنين فجا قوم فعمروها فهم احق بها وهذا يدل على ان من عمرها قبل مضي المدة وهو قولنا لان الاحيا سبب الملك بالحديث والتحجير لم يكن احيا الا انه ولاية المنع لانه سبق بما لم يسبق به احد ولكن يكره لتعلق حق الغير به كالاستيام **قوله** لا يغيب ذلك اي بالرجوع الى وطنه وهيئة امور الزراعة ورجوعه الى ما تحجره لان دار الاسلام من ادناها الى اقصاها يقطع في سنة فلعله انما تحجر في اقصى طرف دار الاسلام وبلده في الطرف الاخر من دار الاسلام ولاصلاح اموره في بلده سنه وللرجوع الى ذلك الموضع فلا ينبغي ان يشتغل باحيا ذلك الموضع غيره الى ثلاث سنين وينتظره وبعد مضي هذا الظاهر انه قد بدا له وانه لا يريد الرجوع اليها فجاز احيا غيره **قوله** ثم التحجير قد يكون بغير الحجر في المبسوط من الحجر وهو المنع فانه من اعلم موضعا من الموات لعلامه فكان يمنع الغير من احيا ذلك الموضع فسمي

فلعله تحجيرا فيكون معنى حجر كما ذكر في الكتاب وفي المغرب الاصح في قول عمر ليس للمتحجر من احجر الارض
اي اعلم علما في حدودها وان روى ليس للمحتجر وفي الصحاح التحجير ان تسم حول عين البعير بميسم مستدير
ويقال حجر القمر اذا استدار بخط رقيق من غير ان يغلظ وهذا يدل على انه متحجر **قوله** ولو فعل
احد ممايكون تحجيرا وفي المبسوط ولو كربها او شق لها نهرا وضرب عليها المسناه فهو احيا وفي المحيط عن
ابي حنيفه من حفر فيها بيرا وساق اليها ما فقد احياها زرعها اولا ولو حفر فيها انهارا لم يكن احيا الا
ان يجري فيها ما فيكون احيا **قوله** وفي الاخير وهو حفر البير ورد الخبر قوله صلى الله عليه وسلم
من حفر بيرا مقدار ذراع فهو متحجر وعند احمد ما لم يخرج الما فهو متحجر وان خرج لا **قوله** ولا يجوز احيا
ما قرب من العامر ولا نعلم فيه خلاف لاهل العلم **قوله** حقيقتها اي عند محمد ودليلها اي عند ابي
يوسف على ما بينا اراد به قوله ومحمد اعتبر الارتفاق الى اخره واما ما قرب من العامر ولم يتعلق
بمصالحه لا يجوز احياوه وبه قال احمد في روايه والليث وقال الشافعي واحمد في رواية يجوز
احياوها لانه موات في دار الاسلام ولم يتعلق به حق لاحد وقال ملك اهل العامر احق باحيايه
من غيرهم لتعلق حقهم به في الجمله وقلنا تعلق حقهم به لجواز ان يحتاجوا الى فتح باب حايط البير او
جعله مسرحه او مربضه للغنم او بيدره للزرع او مطرحا لحصايدهم فلم يجز تفويت ذلك عليهم
بخلاف البعيد **قوله** لا يجوز ان يقطع ما لا اقطع السلطان ارضا هو اعطاوه اياها وصنيعه
بها كذا في الطلبه ما لا غنا للمسلمين عنه اي لا بد لهم منه كالملح والابار التي يستقي الناس او المرعى
التي يحتاج الناس اليه لتحقق حاجتهم اليه وقوله لما ذكرنا اشاره الى قوله لتعلق حقهم بها ولا يعلم
فيه خلاف وروى الترمذي وابو داود وابو عبيد باسنادهم عن ابيض بن حمال انه استقطع
النبي صلى الله عليه وسلم الملح الذي بمارب فلما ولى قيل يا رسول الله اتدري ما اقطعته له انما
اقطعته الما العد يعني انه لا ينقطع فرجعه فقال فلا اذن وعن هذا قال مشايخنا من السحت ما
ياخذ الرعاه والولاه على الما والكلا والحطب والما والمروج والمعادن والملح وجميع المباحات
ذكره في التتمه والقنيه والمجتبى وغيرها ولا يعلم فيه خلاف واما الحمى وهو ان يحمي السلطان
ارضا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها يختص بها بنفسه دونهم كالعرب في الجاهليه يفعلون ذلك
فعندنا لا يجوز اما الحمى لرعي خيل المجاهدين ونعم الجزيه وابل الصدقه وحمول الناس التي للامام
يقوم بحفظها وماشية الضعيف من الناس فيجوز وبه قال الشافعي في الصحيح وملك واحمد وقال
الشافعي في قول ليس لغير النبي صلى الله عليه وسلم ان يحمي لقوله صلى الله عليه وسلم لا حمى الا لله ورسوله وقلنا ان
عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة ولم ينكر عليهما احد وكان اجماعا وقال ملك بلغني ان
عمر كان يحمي في كل عام على اربعين الفا من الظهر ولان ما كان لمصالح المسلمين فالايمة فيه مقام
النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى انه صلى الله عليه وسلم قال ما اطعم الله لنبي طعمة الا جعلها
طعمه لمن بعده واما الخبر فمعناه انه صلى الله عليه وسلم يختص بفعل الحمى لا لكل احد وللايمة بعده
مقامه اذ الحمى لنفسه مخصوص به **قوله** فان كانت للعطن والعطن مباح للابل ومبركها حول
الما حريمها اربعون ذراعا وقال الشافعي وملك والقاضي وابو الخطاب الحنبليان حريم البير
ما لا بد لها منه وقال احمد خمسه وعشرون الا ان يكون عاديه تشدد بها فحريمها خمسون
ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم حريم البير البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البير العادي خمسون
ولنا ما روى ابو هريره رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال حريم البير اربعون ذراعا لاعطان الابل
والغنم والشافعي لم ير التحديد وحمل اختلاف الروايات على اختلاف القدر المحتاج اليه والمراد من البدي

الذي احدث في الاسلام ولم تكن عاديه **قوله** وهذا عندهما اي كون حريم بير الناضح ستون ذراعا
الا ان يكون رشاوها ابعد من ذلك لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال حريم البير مد رشاها رواه
ابن ماجه وفي مبسوط البكري وعن محمد في النوادر ان كان الحبل سبعون فيكون الحريم سبعون ذراعا
لان في بعض البلاد الناضح لا يدور حول البير كما في الطاحونه بل يشد احد طرفيه على البعير والاخر
على الدولاب فوق الما ثم ساق البعير فلما سار مقدار الحبل ارتفع الدلو الى راس البير فيوخذ الدلو
ويصب في الحوض فمتى كان الحبل اكثر من سبعين لعمق البير فلو قدرناه بالستين لا يمكنه الانتفاع بها
والناضح البعير الذي يستقى به كذا في المغرب **قوله** ثم قيل الاربعون من كل الجوانب من كل جانب
عشرة لان الشرع جا باربعين وقال صلى الله عليه وسلم فله مما حولها اربعون ذراعا وما قال من كل
جانب ولهذا دخلت حرف التبعيض في الحول فيجب ان يكون له بعض المقدار ولهذا جا في رواية حريم
البير اربعون فما اختصه بجانبه وجه الصحيح انه صلى الله عليه وسلم ادخل كلمه من في الحول وهي للتبعيض
مره حيث لم يدخل ما ورا الاربعين واسم الحول يطلق عليها فلا يعمل مرة اخرى كما اذا قلنا باب من
حديد يوجب بعض الحديد لا الباب فقد روى ما حولها من غير كلمه من اليه اشار في المبسوط شيخ الاسلام
ولان المقصود دفع الضرر عن صاحب البير الاول لكيلا يحفر احد في حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره
وهذا الضرر لا يندفع بعشره اذرع من كل جانب فان الاراضي يختلف صلابة ورخاوه وفيما قدر
اربعين من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين ولهما اي لابي حنيفة ما رويناه من غير فصل فهو حجة عليهما
فان قيل لما قيد في ذلك الحديث عطفا لما شبته على ان اربعين للعطن فكيف يكون رواية ذلك
الحديث من غير فصل بين العطن والناضح **قلنا** ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقليد فان الغالب في
اصطناع الابار في الفلوات لها الطريق فيكون ذكر العطن باعتبار الغالب كما في قوله تعالى وذروا البيع
قيد البيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذا قوله ياكلون اموال اليتامى ظلما الاية فالوعيد
لا يختص بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب كذا قيل وفيه نوع تامل
قوله والعامر المتفق على قبوله اولى عنده اي عند ابي حنيفه وهذا ارجح قوله وما اخرجت الارض
ففيه العشر على قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقه وعلى قوله ليس في الخضراوات ورجح اصحابنا
قوله التمر بالتمر مثلا على خبر العرايا وقد مر في البيوع وفيه نوع تامل **قوله** والاستحقاق به اي
بالعمل ولا عمل في غير موضع البير وكان ينبغي ان لا يستحق شيا من الحريم ولكنا تركنا القياس بالنص بقيتها
اتفق عليه الحديثان وهو اربعون ذراعا تركناه اي القياس وفيما تعارضا اي الحديثان حفظناه اي
القياس **قوله** فاستوت الحاجة فيهما ولا يقال ان بير الناضح الغالب فيها البعير لا اليد للحرج لانا
نقول بير الناضح عندهم لا على حسب ما يكون في بلادنا ان البعير يدور حول البير كما في الطاحونه
ولكن عندهم بير الناضح ان يشد الحبل في وسط البعير ويشد الدلو في الطرف الاخر من الحبل ثم ساق
فاذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو في راس البير فيوخذ الما فاذا كان بير الناضح عندهم على هذا
التفسير يمكنه نزع الما باليد ويمكن في العطن بالناضح ايضا فاستويا كذا في المبسوط والذخيره **قوله**
فحريمها اي حريم العين خمسماية ذراع لما روينا وعند الايمة الثلاثه بقدر ما لا بد له في الانفاق
بحسب العادة **قوله** والذراع هو المكسره وهو ست قبضات ذراع العامة وانما وصف بذلك
لانها نقصت عن ذراع الملك والملك بعض الاكاسرة وكانت ذراعه سبع قبضات كل قبضه
اربع اصابع كذا في المغرب والحصايل **قوله** وقد بيناه اي الوجه في ان الخمسماية تعتبر من كل
جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع **قوله** فيزاد اي فيزاد في الحريم بقدره الا يتعطل البير الاول

في الاوضح مقدار الحرم في البير ما ربعين او ستين اذا لم يكن الحبل يجاوز هذا المقدار اما اذا كان
الحبل مجاوزا يستحق الحرم في منتهى الحبل اما في الناضح ظاهر لاحتياجه اليه وكذا في العطن لما ذكرنا
انه يستقى منها بالناضح وانما يقتصر الحرم منتهى الحبل ايضا اذا لم يكن في الارض رخاوة بحيث لو
حفر اخر بيرا وراء منتهى الحبل لا ينتقص الما الاولى اولا يخف يتحول اليها اما لو كان لها مثل هذه الرخا
يستحق وراء منتهى الحبل بقدر ما يؤمنه من ذلك ولهذا لو حفر بيرا فيما وراء الحرم و نضب الما الاوله
قال ملك يطم البير الثانية وعند الشافعي واحمد لا يطم **قوله** وهذا لانه بالحفر يملك الحرم وبه
قال احمد وقال الشافعي والقاضي الحنبلي لا يملك بل هو احق **قوله** للاول ان يصلحه اي بالكبس
ويكنسه عطف تفسير اي يصلحه بالكنس كما في قوله اعجبني زيد وكرمه اي اعجبني كرم زيد **قوله**
كما اذا هدم جدار الغيره حيث يضمن الهادم و يبني الجدار بنفسه **قوله** وذكر الخصاف طريق معرفة
النقصان وهو ان يقوم ما قبل الحفر ويقوم ما بعد الحفر فيضمن نقصان ما بينهما **قوله** وهو ان
يجعل الحفر محجرا والتحجير بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك بذلك **قوله** لانه غير متعد في
حفرها والما تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه في تحويل ما بيره الى بير الثاني كالتاجر
اذا كان له حانوت فاتخذ اخر بجنبه حانوتا بمثل تلك الحانوت فكسد من تجارة الاول لم يكن
له ان يخاصمه وكما لو حفر بيرا في ملكه اعمق من البير التي في دار جاره وجاره لا يتضرر براحته
او جعل داره محبزا في وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جاره يمتنع منه خلافا للشافعي واحمد في
رواية وفي رواية يمنع كقولنا للشافعي انه تصرف في ملكه فاشبه بناه ونقضه لنا قوله صلى
الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولانه اضرار بجاره فيمنع كمنع الدق الذي يهز الحيطان
ويخربها وكالقا السماد والتراب ونحوه في اصل حايطه على وجه يضربه **قوله** بمنزلة البير في
استحقاق الحرم وبه قال الشافعي في وجه وفي شرح الوجيز حريمه المقدار الذي لو حفر فيه لنقص ماؤه
او خيف انهيار وانكباس ويختلف ذلك بصلابة الارض ورخاوتها **قوله** به ورد الحديث
وما رواه ابو داود باسناده انه اختصم في حرم نخله الى النبي صلى الله عليه وسلم فامر بجريد
من جرايدها فذرعت فكانت خمسة اذرع او سبعة اذرع فقضى بذلك وفي مبسوط شيخ الاسلام
وهذا احدث صحيح مشهور ولا يعلم فيه خلاف **قوله** وهو اليوم اي متروك الدجلة او الفرات
قوله ومن كان له نهر في ارض غيره وفي شرح الطحاوي لو تنازعا في المسناة وكان بين الارض والنهر
حايل كالحايط ونحوه والمسناة لصاحب النهر بالاجماع ولو لم يكن بينهما حايل فعنده لصاحب
الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى لو اراد صاحب الارض هدمها او رفعها كان لصاحب النهر منعه
وعندهما المسناة لصاحب النهر وفي كشف الغوامض الخلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل وقت
اما اذا كان صغيرا بحيث لا يحتاج الى كريها في كل وقت فله حرم بالاتفاق اعتبارا بالبير لما ان استحقاق
الحرم باعتبار الحاجة وصاحب النهر يحتاج الى ذلك ومتى كان المعنى في المنصوص معقولا يتعدى الحكم
بذلك المعنى الى الفروع **قوله** لا يستحق الحرم عنده اي قياسا **قوله** على ما ذكرناه وهو قولهما لان
القياس يابى استحقاق الحرم الى اخره **قوله** والحاجة في الحرم الى البير فيه اي في البير على تاويل
او الجب فوق الحاجة في الحرم في النهر لان الحاجة في البير متحققة في الحال وههنا الحاجة موهومة
باعتبار الكرى وقد لا يحتاج والانتفاع في البير لا يتاتى بدون الحرم وهنا يتاتي الا انه يلحقه بعض الحرج
في نقل الطين والمشي في وسطه فلم يكن في معنى المنصوص فاخذنا فيه باصل القياس الا ترى ان من بنى قصرا
في مفازة لا يستحق بذلك حرما وان كان يحتاج الى ذلك لالقا الكناسة فيه لعدم ورود النص اذ الحرم

يحتاج الى التقدير ونصب المقادير لا يكون بالراي كذا في المبسوط **قوله** ووجه البنا يعني لما ثبت
من اصلهما ان صاحب النهر يستحق الحرم بدون المنازعة كان الظاهر شاهدا له وهو معنى قوله لان
باستحقاق الحرم ثبت اليد عليه كما ثبت يده على النهر بالحفر فعند المنازعة القول لصاحب اليد
وعنده لما لم يستحق النهر حريما فالظاهر لصاحب الارض لما بحي والارض ملكه والحرم متصل به
فعند المنازعة القول لمن كان الظاهر شاهدا له وهذا معنى قوله ولعدم استحقاقه اي صاحب
النهر الحرم بعدم اليد اي يد صاحب النهر على الحرم والظاهر يشهد لصاحب الارض يعني الحرم
وان اتصل بالنهر ايضا فالظاهر انه لصاحب الارض لانه من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض
وليس من جنس اليد من حيث الانتفاع فكما ان صاحب النهر يمسك الما بالحرم في نهره فصاحب
الارض ايضا يدفع الما والحرم من ارضه فقد استويا في استعمال الحرم فله ان يغرس ولكن
ليس له ان يهدمه لان لصاحب النهر حق استمساك الما في نهره فلا يكون له ان يبطل حقه بمنزلة
حايط الرجل ولاخر عليه جذع كذا في المبسوط وهو معنى قوله على ما نذكره ان شا الله تعالى **قوله**
فاستمساك الما به اي بالحرم **قوله** نقضه اي نقض الحرم **قوله** ما هو اشبه به اي بالحريم
قوله والقضا في موضع الخلاف اي في مسئلة من كان له نهر في ارض غيره **قوله** قضا ترك
لا قضا ملك واستحقاق وانما ذكر هذا لان صاحب النهر لو اقام بينة بعد هذا على ان المسناة
ملكه تقبل بينته ولو كان قضا ملك لما قبلت بينته لان الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة
لا يصير مقضيا له في تلك الحادثة الا اذا كان القضا قضا ترك فحينئذ يصير مقضيا له بعد
اقامة البينة لانه لم يصر مقضيا عليه **قوله** ولا نزاع فيما به استمساك الما جواب عن قولهما
ان الحرم في يد صاحب النهر باستمساكه الما **قوله** لا يتمكن من نقضه اي نقض الحايط وان كان
الحايط ملكه رعاية لحق صاحب الجذوع **قوله** ليس لاحدهما عليه اي على المسناة على تاويل الحرم
غرس يعني اذا كان لاحدهما غرس فلصاحب الغرس بالاتفاق وكذا اذا كان الطين ملقى عليه كان
لصاحب النهر بالاتفاق قبل القا الطين على الخلاف لما انه ذكر في الاسرار في تعليل قول ابي
حنيفة واما الحاجة فيحتمل ان يكون الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله اي لصاحب النهر حق المرور
وحق القا الطين ولا يملك اصل الرقبة فيكون لصاحب الارض حق الغرس والانتفاع بوجه لا يفسد
عليه النهر ومنافعه وبذلك الطريق ظهر عمل الناس اليوم من غير نكير **قوله** وهذا ارفق بالناس
اي الذين هم اهل النهر

فصل في مسايل الشرب فصول في المياه

لما ذكر احيا الموات وهو يحتاج الى الشرب عقبه بذكر احكام الشرب وفيه
فصول فقدم فصل المياه على الكرى لان الما هو المقصود ثم الكرى على المنازعة لان الدعوى
والمنازعة كالعارض **قوله** والشفة الشرب لبني ادم في المغرب الشفة واحد الشفاه واصلها
شفهة سقطت الها تخفيفا والجمع شفاه بالها وتصغيرها شفيهة على الاصل ويقال هم اهل الشفة
اي لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا دوابهم وهكذا في الطلبة **قوله** ما الاودية الاودية
جمع الوادي على غير قياس في الصحاح اصل التركيب يدل على الجري والخروج فسمي الوادي به اي
مجرى فكان اطلاق اسم الحال على المحل الجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد
والفرات نهر الكوفة وصفته النهر بالفتح والكسر حافته كذا في المغرب **قوله** شركا في ثلاث والقياس
ان يقول في ثلاثة تغليبا للمذكر ولكن في فصيح اذا لم يكن المعدود على لفظ المونث كما في قوله صلى
الله عليه وسلم من صام رمضان واتبعه بست من شوال والصوم يتحقق في الايام دون الليالي وانما

بحاد

نظر الى لفظ الاعداد وصوم يونث ولا خلاف لاحد فيه من العلما اد الما والنار والكلا موجوده باباحة الله تعالى على اصل الاباحة **قوله** وانه اي قوله شركا ينتظم الشرب والشرب حصر منه الاول بالاجماع والمراد بالشركة الاباحة في الما لا شركة الملك في الما الذي لم يحرز ولان البير ونحوه كالحوض وما وضع للاخران ولا يملك المباح بدونه اي بدون الاخران كالظبي اذا انكسر وفي بعض النسخ اذا تكسر اي دخل في الكناس **قوله** هو ما روينا اراد قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركا في الثلاث **فان قيل** نعلى هذا ينبغي الا يقطع في شي ما لانه تعالى قال خلق لكم ما في الارض جميعا فورث شبهه بعد الطريق **قلنا** ليس هذا نظير ذلك لان فيما نحن فيه شركة في الاشيا المخصوصه بعد ثبوت شركة العامة ولهذا لم يورث الشركة العامة شبهه في سقط حد الزنا فانه لو زنى بامة الغير يجب الحد ولو زنى بامة مشتركة بينه وبين غيره لم يجب الحد اذ لو عملنا بعموم قوله خلق لكم ما في الارض جميعا يلزم انسداد باب الحدود وبطل العموم بالايات الداله عليها من قوله الزانيه والزاني والسارق والسارقه وهو الاصح لان العمل بخبر الواحد وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم انما يصح ان لو بقي الكتاب معمولا عند العمل بخبر الواحد فعلم ان المراد الشبهة الخاصه لا العامة وفي المبسوط وفتاوى قاضي خان اما الشركة في الكلا وهو الحشيش الذي نبت من غيران ينبته احد فلا يملكه صاحبه بكونه في ارضه حتى لو قطعه غيره واحرزه ملكه الا انه لا يدخل ارضه بغير اذنه فان كان لا يجد ذلك في موضع اخر يقول لصاحب الارض اما ان تحتش وتدفع اليه واما ان يأذن بالدخول بخلاف الشجر فان الشجر اذا نبت في ارض انسان بغير انبات يكون لصاحب الارض لانه من اجزا ارضه والنص ورد في الكلا بخلاف القياس والشجر ما له ساق كالشوك والشول والحشيش ما نبت على وجه الارض بلا ساق فلو انبت الحشيش صاحب الارض ليس لاحد ان ينتفع به بغير رضاه واما بيان الشركة في النار فان من اوقد نارا او سراجا فلكل احد ان يستضي بضوءه ويصطلي بناره ويجفف الثياب لكن لا ياخذ الجمر فان ذلك حطب وفحم وهو ملك صاحبه حتى لو اخذه وله قيمه كان لصاحبه ان يسترده منه وان لم يكن له قيمه لا يسترده منه لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع متعنت والمتعنت ممنوع شرعا من التعنت **قوله** والسفه اذا كان ياتي على الماكله ان يفنيه ويستاصله **قوله** وهي اي المياومة على تاويل المذكور بسبيل في قسمة الشرب قال تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والمشاجر جمع الشجره موضع الشجر وفي المبسوط وعليه اكثر المشايخ لان النهر والقناة انما يسق لسقي الارض والشجر والزرع فليس لغيره ان يسوي بنفسه بالمستحق ويضره فيما هو المقصود فلما لكه ان يمنع غيره من سقي ارضه وكسر ضفته باعتبار ذلك فكذا يمنع فيما نحن فيه لانه يصير به صاحب الحق متضررا في المزارع ككسر الضفه وعن احمد له سقي ارضه على وجه لا يكسر الضفه وبقولنا قال اصحاب الشافعي ومالك والقاضي الحنبلي **قوله** ولهم اي لاهل السفه ان ياخذوا الما منه من النهر المملوك والبير المملوك في الصحيح ويحترز به عما قال بعض المشايخ يتوضا في النهر ويغسل الثياب فيه قلنا فيه من الحرج ما لا يخفى **قوله** له ذلك في الاصح واحترز به عن قول بعض المتاخرين من ايمة بلخ فانهم قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر لانه ليس من الشفه وفي المبسوط اختلفوا في التوضي مما السقاية قيل يجوز وقيل ان كان الما كثيرا يجوز والا فلا وكذا كل ما اعد للشرب لا يجوز منه التوضي ويمنع منه كالحياض الذي اعدت للشرب وهو الصحيح وفي الذخيره والمسه عبد او امة او صبي اذا ملا الكوز من ما الحوض واراق بعض ذلك في الحوض لا يحل لاحد ان يشرب الما من ذلك الحوض لان الما الذي في الكوز يصير ملكا للاخذ فاذا اختلط بالما المباح ولا يمكن التمييز لا يحل ان يشرب الما

مرد ند

من ذلك الحوض لان الما الذي في الكوز يصير ملكا للاخذ فاذا اختلط بالما المباح ولا يمكن التمييز لا يحل ولو امر صبي ابوه او امه باتيان الما من الوادي او الحوض في الكوز فجا به لا يحل لابويه ان يشربا من ذلك الما اذا لم يكونا فقيرين لان الما صار مملوكا له ولا يحل لهما الاكل من ماله بغير حاجه وعن محمد انه يحل لابويه شربه وان كانا غنيين باعتبار العرف والعاده

فصل في كرى الانهار

قوله الا انه عام وفي مبسوط شيخ الاسلام كجيحون وفرات ودجله وحرام كالز بحارا ومرو رود بمرو قيل في وجه انحصار الانهار في الثلاثه ان النهر لا يخلو من ان يكون عاما لا يختص باحد او لا فان كان الاول فهو القسم الاول وان كان الثاني فان كان فيه جهة العموم او لا والاول القسم الثاني والثاني القسم الثالث **قوله** والفاصل بينهما اي بين الخاص والعام استحقاق الشفعة به وعدمه وقد ذكر ذلك في الشفعه ان كل نهر يجري فيه السفن لا يستحق به الشفعه وما لا يجري يستحق عندهما وعن ابي يوسف الخاص ما يسقى منه قراحان او ثلاثه وما زاد عام وفي فتاوى قاضي خان تكلموا في الخاص قيل لعشرة فما دونها او عليه قريه واحدة يعني ماوه فهو نهر خاص يستحق به الشفعة وما فوق العشره عام وقيل انما له دون الاربعين فهو خاص وان كان الاربعين فهو عام وقيل الفاصل المايه وقيل الالف واصح ما قيل فيه انه مفوض الى راي المجتهد حتى يختار اي الاقاويل شا **قوله** ويحمل مونته على المياسير كما يفعل في تجهيز الجيوش **قوله** يخرج له اي للكري من كان يطيقه **قوله** ويقابله عوض وهو حصته من الشرب فلا يعارض اي الضرر العام به اي بالضرر الخاص بل يغلب جانب ضرر العام فيجعل ضررا وحب السقي في اعدامه فالابي يريد قطع منفعة الما عن نفسه وشركائه وليس له ذلك فلذلك اجبر عليه في الابتداء وان شدد بيده آب قيل يجبر الابي وهو قول ابي بكر الاسكاف كما في الثاني كما بينا وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن سعد البلخي **قوله** فاستوت الحسنان لا كل واحد من الضدين بعوض لان ما يلحق الابي بعوض لانه يسقي ارضه وما يلحق الباقي بعوض ايضا لامكانهم ان يرفعوا الامر الى الحاكم على ان ياذنهم بعمر نصيبه على ان يستوفوا نصيبه من الشرب كذا في المبسوط والذخيره بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه لما ذكرنا ان احدى الحسنان هناك عام فيجبر الابي دفعا للضرر **قوله** ولا يجبر لحق الشفه جواب اشكال وهو ان يقال في كرى النهر الخاص احيا حق الشفه للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الابي دفعا للضرر العام وهو قول بعض المتاخرين من مشايخنا فانه ذكر في المبسوط هذا اذا ابى البعض فلو ابى الكل عن الكري ففي ظاهر الرواية لا يجبرهم الامام كما لو امتنعوا عن عمارة اراضيهم وقال بعض المتاخرين عن اصحابنا يجبرهم لحق اصحاب الشفه **قوله** وهذا اي رفع مونة الكري عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي واحمد وفي فتاوى قاضي خان وبقولهما اخذوا في الفتوى مثلا الشركا عشره فمونة الكري من اول النهر الى ان يجاوزوا ارضا اخرى عشر عنده وعندهما عشر مونة الكري الى اخره **قوله** لان صاحب الاعلى في الاسفل اي في اسفل النهر لحاجته الى تسبيل الما الى اخره فانه اذا سد ذلك فاض الما على ارضه فافسد زرعه فعلم ان كل واحد ينتفع بالنهر من اوله الى اخره ولهذا يستحق الشفعه بمثل هذا النهر وحق اهل الاعلى والاسفل في ذلك سوا فاذا استووا في الغنم يستوون في الغرم وهو مونة الكري **قوله** فلا يلزمه انتفاع غيره والصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع كذا ذكره الزرنوجي **قوله** ليس على صاحب المسيل الى اخره هذا جواب عن قولهما يعني لا يلزمه شي باعتبار مسيل ما فضل كما لا يلزمه على من له تسييل ما سطحه على سطح جاره من عمارة سطح جاره ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري اسفل النهر بان يسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عن الما فعلم ان الحاجه المعتبره في الزام مونة الكري

سقى الارض ولهذا قال بعض المشايخ ان الكرى يرفع عنه اذا جاوز فوهة النهر والاصح ان عليه مؤنة
الكرى الى ان يجاوز ارضه كما اشار اليه في الاصل **قوله** نفيا للاختصاص اي بالانتفاع بالما دون
شركائه وللتحرز عن هذا الخلاف اختار المتاخرون البداية بالكرى من اسفل النهر او يترك بعض النهر
من اعلاه حتى يرتفع من اسفله **قوله** لانهم اي اهل الشفعة لا يحصون لانهم جميع اهل الدنيا وليس البعض
اولى من البعض ولهذا لا يستحقون الشفعة حتى يلزم الغرم بازا الغنم ولانهم اتباع والمونة على الاصول
لا على الاتباع ولهذا مونة قتيل المحلة على عاقلة اصحاب الخطة دون المشترين والسكان كذا في المبسوط
وغيره

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما فرغ من بيان مسائل الشرب شرع في الاختلاف فيه لانه عارض **قوله** استحسانا وفي
القياس لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا
تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي القضا له بالملك في المدعا اذا ادعى والشرب لا يحتمل التملك
بلا ارض فلا يسمع القاضي الدعوى كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان انه قد يملك ارثا ووصية
وهو اي الشرب مرغوب فيه ينتفع به فاذا استولى عليه غيره كان له دفع الظلم عن نفسه باثبات حقه
كذا في المبسوط **قوله** ترك على حاله اي لم يكن له ذلك بل يترك على حاله لان موضع النهر في يد رب
النهر مستعمل له باجرا مائه فعند ذلك الاختلاف القول قوله في انه ملكه **قوله** فان لم يكن في
يده فان لم يكن اشجاره في طرفي النهر ولم يكن مستعملا باجرا مائه **قوله** او انه قد كان يجراه اي موضع
اجرا مائه يعني يدعي هو التسييل ملكا اي فيما اذا كان ادعى ملك الرقبة او حقا مستحقا فيه اي فيما
اذا ادعي حق التسييل المصب موضع جري الما وبالفارسيه اب ذهه فحكم الاختلاف اي اختلاف
المدعين وكذا حكم الاختلاف في الممشى في دار غيره نظير الاختلاف في الشرب **قوله** يتقدر بقدره
اي بقدر الانتفاع لان الحاجة في ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها فالظاهر ان حق كل واحد من
الشرب بقدر ارضه وقدر حاجته فالبنا على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه ولا يقال ان يد على الما
على السوا فيوجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه لان اليد على الما في النهر لا يثبت حقيقة لاحد
وانما ذلك بالانتفاع بالما والظاهر ان الانتفاع لمن له عشر اراض لا يكون مثل انتفاع من له ارض واحد
واحراز الما بحسب الانتفاع فيثبت اليد عليه بحسب ذلك **قوله** بخلاف الطريق يعني اذا اختصم
فيه الشركا فانهم يستوون في ملك رقبة الارض ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق
لا يثبت اليد عليه والمقصود منه التطرق والتطرق فيه الى الدار الواسعة والضيقة بصفة واحدة
كذا في المبسوط **قوله** على نمط واحد اي نهج واحد وفي بعض النسخ على صفة واحدة **قوله** حتى
يسكر السكر مصدر سكرت النهر سكرا اذا سددته من باب نصر والسكر بالكسر العرم كذا في الصحاح
لم يكن له اي الاعلى ان يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته اي من غير سكر لان في السكر قطع منفعة
الما عن اهل الاسفل في بعض المدة ولان في السكر احداث شي في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة
بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركا بدون اذنهم **قوله** الا انه اي الاعلى اذا تمكن ان يسكر بلوح او
باب او حشيش فليس له ان يسكر بالطين والتراب لانه ينكبس النهر به عادة وفيه اضرار بالشركا
بلا حاجة الا ان يتراضوا على ذلك وفي فتاوى قاضي ولو كان الما في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل
واحد الا بالسكر فانه يبدا باهل الاسفل ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الما الى اراضيهم
وفي المبسوط عن ابن مسعود اهل الاسفل امرا على اهل الاعلى حتى يرووا وفيه دليل انه ليس لاهل
الاعلى ان يسكروا النهر ويحبسوا الما عن اهل الاسفل وفي المغني لابن قدامة ولو كان نهرا صغيرا او سيلا

فتشاح

فتشاح اهل الارضين الشاربه فيه فانه يبدا بالاعلى ويسقي حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسل بالذي يليه
كذلك الى انتها الاراضي فان لم يفضل عن الاول شي او الثاني او الثالث لا شي للباقين لانه ليس لهم
الا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقها المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا
والاصل فيه ما روى ابن الزبير ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم اسق يا زبير ثم ارسل الما متفق عليه ورواه
مالك في الموطا قال ابن عبد البر هذا حديث مشهور عند اهل المدينة هذا في مهزور السيل اما اذا
كان النهر مملوكا لهم بان اخرجوه وتساووا في قسمة الما قسمه الحاكم على قدر اراضيهم فعلم انه لا خلاف
في المملوك **قوله** ويكون موضعها في ارض صاحبها بان يكون بطن النهر وحافتاه مملوكا له وللاخر
حق التسييل كذا في المبسوط والمحيط الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة
كبيرة يسقى بها والسانية البعير يستقى عليه اي يسقى والجسر ما يوضع ويرفع والقنطرة ما يتخذ من
الاجر والحجر لا يرفع وفي المغرب ما يبنى على الما المعبور والجسر عام فان الجسر ما يعبر به النهر وغيره
مبنيا كان او غير مبني والفتح لغة ويستوثق منه اي يسد جانبي القنطرة من النهر ولا ضرر بالشركا
الواو للحال لان الكلام فيه **قوله** وكذا اذا كانت القسمة بالكوى اي ليس له ان يوسع الكوة
وكذا اذا اراد ان يوخرها اي الكوة فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من فم النهر وهذا التقدير
اتفاقي والعبرة للاختصاص وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر واراد ان
يوخرها عن صفة النهر ويجعلها في وسط النهر ويدع قوة النهر بغير لوح كذا في الذخيرة وفي الصحاح
الكوة ثقب البيت والجمع كوا بالمد وكوى ايضا مقصور والكوة بالضم لغة ويجمع على كوى ويستعار الكوة
لمفاتح الما الى المزارع والجداول يقال كوى النهر وفي المغرب الكوة سوراخ آب **قوله** اراد ان يسفل
اي يضعها اعمق مما كان او يرفعها عما كان وهي في ذلك الموضع لظهور الحق فيه اي في القدم فلا ينقض
الا برضاهم والمحدث لا يثبت الا بحجة **قوله** كوى مسماة اي معدودة في النهر الاعظم مثل دجلة
والفرات والنيل فلو زاد في ملكه كوة او كوتين ولا يضر ذلك باهل النهر فله ذلك لان الما في
النهر الاعظم لم يدخل في المقاسم بعد فكان على اصل الاباحة كما كان فزيادة كوة او كوتين لا يكون اقوى من
شق النهر ابتدا من هذا النهر الاعظم وهو غير ممنوع عنه فهذا اشبه بل اولى **قوله** يستدل به اي
يسوق الما اليه على ان سوق الما اليه حقه وبه قال الشافعي ومالك والقاضي الحنبلي وعن احمد في رواية
جاز له ذلك اذا كان على وجه لا يتصرف في حافة النهر وكذا جواز ان يقرضه او يهبه **قوله** ينسف
اي يشرب بعض الما هذا الذي ذكر فيما اذا املا صاحب الارضين ارضه التي لها حق الشرب ثم فتح مسناتها
واجرى الما الى ارضه التي ليس لها حق الشرب وسقاها بالما الذي ملا ارضه الاولى اما اذا اجرى الما
من الارض الاولى كما يبلغ الى الاخرى يمنع ايضا لا باعتبار كثرة الما وقلته بل باعتبار ان حقه سقي ارض وهذا
يصير حقه سقي ارضين اليه اشار في المبسوط **قوله** ساكنها غير ساكن هذا الدار قيد به لانه لو كان
ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى ذكره في المبسوط **قوله** كلا تنز وفي الصحاح
النز والنز ما يتحلب الارض من الما وقد انزت الارض صارت ذات نز وبالفارسية تنزماز غاسود **قوله**
ما صفة اي بالايام والشهور ويقول اذا كان في حصتي سد دت منها ما بدا لي واسقي حصتك
انتفاع
انتها فليس له ذلك لان القسمة تمت بينهما مرة بالكوى فلا يكون لاحدهما ان يطلب قسمة اخرى والا
بالما في القسمة الاولى لكل واحد مستدام وفي طلبه انتفاع كل واحد في بعض المدة وربما يتضرر بذلك
صاحب السفل كذا في المبسوط **قوله** لانه عادة اي كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب

وللعيران رجع متى شا وكذا الورثته بعده لانهم خلفاوه في ذلك وهذا لانه لا يمكن ان يجعل بما
تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشراب او اجاره الشرب بالشرب باطل لانه بيع الجنس
بالجنس نسا اذ ما الغد ليس بموجود في اليوم فصار كبيع القوهي بالقوهي نسا ولان معارضة المال
بالمال المجهول والعرز فانه لا يدري ان الماء يجري فيه في الزمان الثاني ام لا لا يجوز والماء في النهر
غير مملوك والانتفاع به مجهول فالشرب اولى وهذا معنى قوله ومبادلة الشرب بالشرب
باطلة **قوله** بالانتفاع بعينه قيد به لان الايصا بالانتفاع منعه لا يجوز وانما يملك بالارث
والوصية وان كان لا يملك بالبيع والهبة والصدقة لانه حق كالقصاص والدين فيقوم الوارث
او الوصي مقامه اما لا يجوز تملكه بالبيع والهبة والصدقة للغرور فانه على خطر الوجود او
الجهالة كما ذكرنا او لعدم الملك فيه للحال او لانه ليس بمال متقوم حتى لو اتلف شرب انسان
بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام انه يضمن **قوله**
والوصية بالباطل باطلة اي الوصية بهذه العقود بان يوصي ان يبيع شربه من هذا الرجل او
يوهب او يتصدق عليه **قوله** مسمى في النكاح بان تزوج امراة على شرب بغير ارض او خالع
امراته على شرب ارضها بغير ارض كان باطلا لتفاحش الجهالة في الشرب فيصح النكاح والخلع
ويجب مهر المثل في النكاح لعدم صحة التسمية رد المهر الذي اخذت من زوجها لانها اطمعت
الزوج بهذه التسمية ما هو مرغوب فيه فتصير غارة له بهذه التسميه والغرور في الخلع يلزمها
رد ما قبضت كما لو اختلعت بما في يدها من المال او بما في بيتها من المتاع وليس في يدها وبيتها
شي والصلح من الدعوى على الشرب باطل لانه لا يملك بشي من العقود وقد بينا ان ما لا يستحق
بالعقود فالصلح عليه باطل فصاحب الدعوى على دعواه ولو كان الصلح عليه من قصاص في نفس
او فيما دونها فالصلح باطل وجاز العفو وعلى القاتل الدية وارش الجراحة لا الصلح من القود
على شي بطريق الخلع هذا كله من المبسوط **قوله** والاصح هذا احتراز عما قال بعض المشايخ ان الامام
يتخذ حوضا يجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض ويقضي به الدين فقال رحمه الله
والاصح انه ينظر الى ارض لا شرب له الى اخر ما ذكر في الكتاب وهكذا ذكره في المبسوط وفي مبسوط شيخ
الاسلام والسبيل في ذلك ان يقال للمومنين ان العلما لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا ارض بكم كان
يشترى هذا الشرب وهو نظير ما قاله بعض ائمة بلخ انه اذا زنى بامراة بشبهة فعليه عقرها فينظر
بكم كانت تستاجر على الزنا لو كان الاستيجار عليه جايزا فيجعل ذلك عقرها وهذا كما قالوا ايضا في
المدبر ان السبيل في معرفة قيمته ان يقال للمومنين بكم تشتري على ان يكون المشتري احق بمنافعه دون
رقبته على ان يعتق بعد موت المولى وقال اكثر مشايخنا ما ذكره في الكتاب وفي الصحاح يقال فخرت الارض
اي ارسلت ماءها **قوله** لانه غير متعد فيه فلا يضمن لانه سبب لا صاحب علة اذ كون الفعل علة
للشي انما يعرف بالاثر اللازم له واثر اللازم لفعله اجتماع الماء في ارضه ونزا ارض جاره بشربها
وحدها وهو امر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون ولا يضاف الى فعله الا انه لولا فعله لما حصل هذا
الفساد فصار فعله في حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب انما يضمن اذا تعدى كحافر البير وواضع الحجر
وفعله في ارضه مباح فلم يضمن وعن الهندواني بتاويل ما قاله محمد اذا سقى سقيا معتادا تحمل ارضه
عادة اما اذا سقى سقيا غير معتاد او لا تحمل ارضه ذلك او سقى في غير نوبته يضمن استحسانا لانه اجرى
الماء في ارض جاره تعديا ولو تعدى الى ارض جاره وهو يرى ولا يخبره يضمن ذكره البقالي وقيل اذا
سقى سقيا معتادا وتعدى الى ارض جاره فان كان الجار قد تقدم اليه بالاحكام فلم يفعل ضمن استحسانا

كما في الحايط المايل وان لم يتقدم لا يضمن وفي المحيط ولو كان في ارضه جحر فارة فتعدى الى ارض جاره
ان كان لا يعلم به لا يضمن وان علم ضمن وعلى هذا لو فتح راس نهر فسال الى ارض جاره فغرقت فان فتح
مثل ما يفتح عرفا وعادة لا يضمن وان فتح اكثر من ذلك في مثل ذلك النهر يضمن ولو كان له مجرى ما بقرب
دار جاره فاجرى الماء في النهر ما لا يحتمل النهر فدخل في جدار داره فخربها ان كان النقب خفيا لو لا
النقب ما تعدى لا يضمن وان تعدى بغير ثقب ضمن ولو انبثق نهر يجري في ارض قوم فخربت اراضيهم
فليس لهم ان ياخذوا اصحاب النهر بعمارة الارضين ولهم ان ياخذوهم بعمارة النهر ولو كان له مجرى
ماء على سطح غيره فخرب السطح فاصلاح المجرى على صاحب المجرى وذكر الهندواني لو القى رجل
شاة ميتة في نهر طاحونة فسار الماء بها في الطاحونة فخربت الطاحونة ان كان النهر لا يحتاج الى
الكري فلا ضمان عليه وان كان يحتاج يضمن ان علم انها خربت من ذلك • والله سبحانه اعلم •

كتاب الاشربة

اورد الاشربة بعد الشرب لانهما
شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى فلذلك اوردها هكذا كما في عامة الكتب من المبسوط والذخيره والمغني والتحفه و
القدوري الا انه قدم الشرب لما انه حلال او لانه في تبعيه ذكر احيا الموات لانه سبب الاحيا والاشربه
المحرمه سبب لموت العقل فقدم الحياة على الموت ثم محاسن حرمة الاشربة المسكرة ظاهره لانها مزيل العقل
الذي هو اشرف الاشيا واعزها لتعلق خطابات الشرع به الا ان الخمر ابيحت على الامم الماضية لطول
اعمارهم وجسامة ابدانهم فيتحملون افة الشراب ولا يتسارع اليهم السكر ففي اباحتها صلاح لهم لكثرة
نفعها اما هذه الامة فقصيرة اعمارها ضعيفة الابدان ويتسارع اليهم السكر بشرب قليل منها فصلاحهم
في حرمتها قليلها وكثيرها وانما ابيحت في بدء الاسلام ليعلموا الفساد في الخمر حتى اذا حرمت عليهم
عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينه فالاشربه جمع الشراب وهو كل ما يشرب من المايعات
لغة والمراد في هذا الكتاب ما حرم منها وسمي الكتاب بها لما فيه من بيان حكمها كما سمي كتاب البيوع
والحدود **قوله** والاشربه الى اخره وفي المحيط الاعيان التي يتخذ منها الاشربه العنب والتمر والزبيب
والحبوب كالحنطة والذرة والدخن والفواكه كالاجاص والفرصاد والشهد والفانيذ والالبان اما
العنب والمتخذ منه خمسه الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج ويجي تفسيره والمتخذ من الزبيب
شيان نقيع ونبيذ والمتخذ من التمر ثلاثه السكر والفضيخ والنبيذ والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما
شيا واحد احكاما وان اختلف اسما البتع لنبيذ العسل والجعه لنبيذ الشعير والمزر لنبيذ الذره وكذا ذكر
الامام قاضي خان والتمرتاشي فتنتهي الى احد عشر اسما او اكثر كما يجي **قوله** اذا غلا واشتد اي صار قويا
وكثر غليانه وحصل فيه قوة الاسكار وقيل صار بحال يمنع حواس شاربه من الفهم والدهن الطلا وكل
يطلى به من قطران او نحوه ويقال لكل ما خثر من الاشربه طلا على التشبيه حتى يسمى به المثلث كذا في المغرب
وفي تاج الاسامي شراب ذهب بالطبخ ثلثاه **قوله** وقال بعض الناس كل مسكر خمر وهو قول الشافعي
واحمد ومالك واصحاب الظاهر حتى حرم قليله وكثيره كالخمر لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وقوله
صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى العنب والنخله متفق عليه وقوله صلى الله عليه وسلم
الخمر من خمسة اشيا وذكر العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل وهكذا روي عن عمر انه خطب على
منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنه وقال هكذا وروي عن انس انه قال كنت اسقي ابي بن كعب
وابا عبيده الجراح وابا طلحة من فضيخ وتمر فجاء ات وقال ان الخمر قد حرمت قال لي ابو طلحة قم يا انس الى
هذه الجرار فاكسرها فضربتها بمهراس لنا باسفله حتى تكسرت فعلم ان الخمر يطلق عليها لغة وقال بعض اصحاب
الشافعي يطلق عليه اسم الخمر لغة كما اطلق عليه شرعا لان الخمر مستو في المخامرة فانها تخامر العقل وكل مسكر

خامر العقل فيكون خمرا لغة ولنا ان الاسم للنى من ما العنب اذا صار مسكرا حقيقة باتفاق اهل
اهل اللغة حتى اشتهر استعماله فيه وفي غيره سمي مثلثا وباذقا او غيره فكان هذا الاسم لغيره مجازا
لان الترادف خلاف الاصل وقد اريدت الحقيقة فبطل المجاز وقال ابو عبيده وابن زيد وابن
السكيت ما اتخذ من غير العنب ليس بخمر وقال ابن عباس حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب
رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لتخمره اي صيرورته خمرا **قوله** وهذا كثير النظير كالقارورة
والجرجير يسمى قارورة باعتبار معنى القرار والجرجير بمعنى التحرك فينبغي ان يسمى كل ما قر فيه الما
او كل ما تحرك قارورة وجرجيرا والفرس الذي احد شقيه ابيض والاخر اسود سمي ابلق ولا
يسمى الثوب الذي فيه سواد وبياض بهذا الاسم فعلم ان القياس لا مدخل له في اللغة **قوله**
والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين روي عن احمد بن حنبل ويحيى بن معين انهما قالا ثلاثة احاديث
لم يصح روايتها عن النبي صلى الله عليه وسلم منها هذا الحديث ومنها مس الذكر بباطن الكف ومنها
حديث كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل ولو ثبت فمعناه كل
مسكر خمر حكما لا حقيقة والمراد بالحديث الثاني والثالث بيان الحكم لا بيان الاسما وفي شرح الاقطع
المراد بيان الحكم لا الاسما لانه صلى الله عليه وسلم يعلمنا الاحكام لا اللغة فكانه قال ما اسكر كثيره
فحكمه حكم الخمر في الحرمة وكذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من كذا قال الطحاوي ويجوز ان
يكون اراد بقوله الخمر منهما من الشجرتين احدهما فجمعهما في الخطاب واراد احدهما كقوله تعالى
يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ويجوز ان يكون معناه ما خمر من ثمرها وما طعن ابن حزم في ذلك
الموضع على الطحاوي بقوله صدق الله وكذب الطحاوي فان كليهما يخرجان من البحر سفاهة منه
قلة فهمه فان الطحاوي قال هكذا قالت ايمة التفسير ويجوز ذلك بطريق التغليب فكان الحديث
محتملا والمحتمل لا يكون حجة وهي مسئلة تحريم المثلث واباحته وانما حدث اثنين يحمل ان يكون ذلك
الشراب نقيع تمر تخمر ونحن نقول بحرمته ويجوز ان يكون فعلوا ذلك لعلمهم ان كثير ذلك يسكر
فلم يامنوا على انفسهم الوقوع فيه لقرب عهدهم به يدل عليه ما ذكره الطحاوي عن ابن ابي ليلى عن
عيسى ان اباه بعثه الى انس بحاجة فابصر عنده طلا والطلا ما اسكر كثيره فلم يكن عنده خمرا
وان كان كثيره يسكر **قوله** والثاني اي الثاني من تعديد العشرة لان الاسم اي اسم الخمر ثبت به
اي بالغليان والاشتداد وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في
الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة
المسكرة فيها باعتبار الغليان وبالقذف بالزبد يرق ويصفو ولا تاثير لهما في احداث صفة
السكر ويقولهما قال الايمة الثلاثة واصحاب الظاهر **قوله** وسكونه اي عن الغليان يعني الغليان
من اثار الحلاوة وما دام شي من الحلاوة باقيا كان المعنى الاصلي باقيا فلا يثبت اسم الخمر الا اذا سكن
من الغليان وقذف الزبد وتميز الصافي من الكدر لان حكم الاباحة كان ثابتا للعصير بيقين فلا يزول
ذلك الا بيقين مثله فما بقي من اثار الاصل كان الحكم له ولما كان التمام بقذف الزبد كان ما قبله ناقصا
كذا في المبسوط والاسرار **قوله** واحكام الشرع اي امهات احكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية في
النقصان من شبهة العدم فلا يصح اثباتها بالشبهة احتياطا لان فيه جهة الحرمة وفي الحد بقذف
الزبد احتياطا ايضا **قوله** ومن الناس من انكر حرمة عينها بالكتاب والسنة واجماع الامة فكان
كفرا منه اما الكتاب قال الله تعالى انما الخمر والميسر الى قوله رجس وهو اسم للحرام النجس عينا
بلا شبهة وقال فهل انتم منتهون وهذا دليل على حرمتها من اثني عشر وجها على ما هو المذكور في التيسير

الكتاف

والكتاف وجات السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم متواترة لانه حرم الخمر لعينها قال صلى الله
عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا الحديث وقال صلى الله عليه وسلم شارب الخمر كعابد الوثن وقال
صلى الله عليه وسلم الخمر ام الخبائث وقال اذا وضع الرجل قدحا من خمر على ما بين يديه لعنته ملائكة السموات
والارض فان شربها لم يقبل صلاته اربعين ليلة فان داوم عليها فهو كعابد الوثن واجمعت الامة على حرمتها
وكفى باجماعهم حجة **قوله** والرجس ما هو محرم العين قال او لحم خنزير فانه رجس ولحمه محرم العين
بالاجماع فكذا هنا وانكاره انكار نصوص القاطعة وهذا من خواص الخمر اي دعوة قليله الى كثيره خلاف
سائر الاطعمة حيث لا يدعو قليلها الى كثيرها لما فيها من الغلظة في المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته
في الابتداء ازيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد في الاستكثار ولهذا يزداد حرصه
على شربها اذا اصاب منها شيئا واذا كان كذلك كان قليلها محرما ككثيرها الا يرى ان الزنا لما حرم حرم
عليه دواعيه ايضا وكذا اكد تحريم الخمر بوجوه فانه صلى الله عليه وسلم قرن شربها بعبادة الوثن وجعلها
رجسا ومن اعمال الشيطان وامر بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح كان كالارتكاب خيبة وخسارة
وقوله تعالى فهل انتم منتهون من اكد ما ينهى به كانه قال قد تلي ما فيه من انواع المفاسد ووقوع التعادي
والتباغض والصد عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون مع هذه الصوارف ام انتم على ما كنتم كان
لم تستعظوا ولم تنزجروا **قوله** ثم هو اي القليل منها او لفظ الخمر غير معلول عندنا وهذا اي قول
الشافعي بعيد لان تعليله حينئذ يخالف النص وقوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من
كل شراب وما قيل في رواية ابن عباس انه قال والمسكر من كل شراب فالمراد من السكر المسكر لا يتبغى قولنا
لانا نقول المسكر القدح الاخير فانه يحرم ما رواها بدليل ما روي عن عمر كما يجيء قيل ان حديث ابن عباس
ضعيف لان راويه مجهول او مرسل غير ملزم علينا لان المرسل حجة ورواية المجهول مقبولة عندنا
فتضعيفه بالعصبية **قوله** حتى لا يضمن متلفها بالاجماع وهل يباح اتلافها قال بعض الايمة السرخسي
قيل يباح والاصح انه لا يباح الاتلاف الا لغرض صحيح بان كان عند الشرب بشربها غالبا لو تركت عنده
حتى لو كانت عند صالح لا يباح فانها مملوكة له وفي بقائها فائدة وهي التخليل كذا ذكر المحبوبي **قوله**
والعموم يسعر حرمتها فان معنى كون الشي متقوما انه يجب ابقاؤها اما بعينه او بماليته **قوله** وهو
غصب لانه اخذه بغير اذن الشرع او امانة لانه اخذه برضا صاحبه **قوله** حرمة الانتفاع
كسقي الدواب والتداوي بها بالاحتقان والاقطار في الاحليل كذا في الاوضح الا ان حل القليل قد
انفسخ بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معاني ثلاث الحديث **قوله** وعليه
انعقد اجماع الصحابة اي على انها حرام ويحد بشرب قليلها وما حكي عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معدي كرب
وابي جندل بن سهيل انهم قالوا بحلها فقد روى الجورجاني باسناده عن ابن عباس ان قدامة بن مظعون شرب
الخمر فقال له عمر ما حملك على ذلك فقال ان الله تعالى يقول ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات
جناح فيما طعموا واني من المهاجرين الاولين من اهل بدر فقال عمر اجيبوا الرجل فسكتوا فقال
لابن عباس اجبه فقال انما انزله الله تعالى عذرا للماضين لمن شربها قبل ان تحرم ثم سال عمر عن الحد
فيها فقال علي اذا سكر هذى واذا هذى افترى فعليه حد المفترين ثمانين فجلده عمر ثمانين فقال
له اخطات التاويل وروي ان اناسا شربوا الخمر بالشام ليزيد بن ابي سفيان شربتم الخمر قالوا نعم
بقوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح الاية فكتب بهم الى عمر فكتب عمر اليه ان ابعثهم الي
شرعا كيلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم الى عمر فقال لعلي ما ترى ارى ان زعموا انها حلال وشرعوا في دين الله
فاقتلهم وان زعموا انها حرام فاجلدهم ثمانين فجلدهم عمر ثمانين ورجعوا الى تحريمها فانعقد الاجماع **قوله**

والطبخ لا يؤثر بعد ما صار حمرا فان اثر في ازالة صفة الاسكار والخمر حرام وموجب للحد لعينها
لا لاسكارها وهذا قد طبخ اي صار مطبوخا قال شمس الائمة السرخسي يحد من شرب منه قليلا
كان او كثيرا بالنص لا يوجب الحد في قليل الخمر وفي القنية وقيل لو زالت مرارتها بالطبخ يحل شربها
لانها ما بقيت خمرا **قوله** وسمي الباذق قيل انها كلمة فارسية عربت فلم يعرفها النبي صلى الله عليه
وسلم او انه شيء لم يكن في ايامه وانما احدث بعده وفي المغرب هذا ضعيف بل هو عصير عنب طبخ
ادنى طبخه فصارت شديدا وفي الفايق وقيل هو تعريب باده وهو الخمر وكل ذلك حرام عندنا
اي قليله وكثيره اذا اشتد عندهما وقذف الزبد عنده اما اذا كان حلوا احل شربه بالاتفاق كذا
في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** وهو قول بعض المعتزلة وهو بشر المريسي وبعض اصحاب الظاهر كداود
الاصفهاني **قوله** مشروب طيب ليس بخمر فكان حلالا كالمثلث وقلنا المطلب غليظ لا يدعو قليله
الى كثيره اما هذا فمثلث رقيق ويدعو قليله الى كثيره فكان حراما كالخمر **قوله** اي الرطب فسر
التمر بالرطب لان الشراب المتخذ اسمه نبيذ التمر لا السكر والنقيع ما سقع في الماء والنبيذ ما يطبخ ادنى
طبخه واردف الحرمة بالكراهة بقوله حرام مكروه في المختصر لان في حرمته نوع ضعف لما ان
حرمته ليست كحرمة الخمر فكذلك اردف الحرمة بالكراهة اذ حرمة السكر اجتهادية وحرمة الخمر
بالاجماع قطعية ولهذا لا يكفر مستحل السكر ويكفر مستحل الخمر **قوله** ما روينا اشارة الى قوله
صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين والاية محمولة على الابتداء قال مقاتل نزلت الاية قبل
تحريم الخمر لان السورة مكية وتحريم الخمر بالمدينة **قوله** وقيل هو دال على التحريم على وجه التوبيخ
اي تتخذون منه سكرا والمراد منه حمر التمر وتتركون رزقا حسنا وهو الدبس وما يؤكل منه كالعلاج
وفي الذخيرة ما يتخذ من الشراب من التمر ثلاثة السكر والعصير والنبيذ اما السكر وهي النيء من ماء
الرطب وانه حلال ما دام حلوا واذا اشتد وقذف بالزبد حرام عندنا ومن الناس من اباحه والصحيح
انه حرام لما روي عن عمر انه سئل عن السكر قال هي خمر وكان علي تشدد في تحريم السكر واكثر اهل
العلم واما الفضيخ فهو النيء من ماء البسر المذنب والاسم مشتق من الفضخ وهو الكسر فالبسر المذنب
ويجعل في حب ويصب عليه الماء الحار فتخرج حلاوته يسمى فضيخا لكونه مستخرجا من البسر المفضوح وانه
حلال ما دام حلوا فاذا اشتد وقذف بالزبد فهو حرام عندنا واكثر اهل العلم ولكن حرمته دون
حرمة الخمر فان عند ابي حنيفة يجوز بيع السكر ولا يجب الحد بشرب قليله ولا يمنع جواز الصلاة باصابته
الثوب اكثر من قدر الدرهم واما نبيذ التمر وهو نقيعه اذا طبخ ادنى طبخه وغلا واشتد وقذف
بالزبد فانه حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف لاستمراء الطعام والتداوي والسكر منه حرام وهو
قول محمد اولا ثم رجع وقال لا يحل شربه وهو قول الشافعي **قوله** وقد بينا المعنى اراد قوله انه
رقيق ملذ مطرب الى اخره واما نقيع الزبيب فالمتخذ منه شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع وهو ما سقع الزبيب
حتى تستخرج حلاوته فما دام حلوا يحل بالاجماع فاذا اشتد وقذف بالزبد فحكمه حكم الباذق
واما النبيذ فهو النيء من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخه ما دام حلوا الحل وان غلا واشتد وقذف
بالزبد فهو كالمثلث كذا ذكره المحبوبي **قوله** ونجاستها اي نجاسة الاشربة المحرمة الثلاثة حفيفة
في رواية قال الفضلي وهو قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وروى هشام عن ابي حنيفة وابي يوسف
انها غليظة كالخمر **قوله** وجواز بيعها اي بيع الاشربة الثلاثة عند ابي حنيفة لكن مع الكراهة فيهما
في البيع والاتلاف **قوله** على ما عرف وهو ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مامورا
باعطاء المثل حتى لو اعطى يخرج عن العهدة الا انه مكروه **قوله** لا يوجد في غيره اي غير الجامع اي ما

ذكر في الجامع **قوله** ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك فانه لا يقع طلاقه ولا يصح بيعه واقراره
ذكره فخر الاسلام وعن ابي حنيفة قال من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل يقع طلاقه وعتاقه
وان لم يعلم لا يقع طلاقه والسكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ما
غير مشروب فمن المشروب اولى كذا ذكره المحبوبي وقيل اكل البنج حرام وان لم يسكر لما روي انه صلى
الله عليه وسلم نهى عن الميسر والخمر والكوبة والغبيرا قيل هو البنج **قوله** وعن محمد انه حرام يحد
شاربه اذا اسكر منه وفي النوازل وفتاوى الحيري وابي وجامع المحبوبي الفتوى على قول محمد لغلبة الفساد
قوله وقال فيه ايضا اي في الجامع **قوله** لانه اي ابا يوسف رحمه الله يعتد بهذا الشرط وهو ان
لا يفسد بعد ما بلغ عشرة ايام وفي الكافي وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا في المطبوخ من ماء الزبيب
والتمر انه اذا صار معتقا لا يحل شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا باس بشربه ثم
رجع الى قول ابي حنيفة فالحاصل ان ابا يوسف قال اولا مثل قول محمد ان كل مسكر حرام لكن شرط ان لا
يفسد بعد ما بلغ عشرة ايام اي لا يحمض **قوله** ومثل ذلك يروى عن ابن عباس فانه قال كل نبيذ
يفسد عند ابانه فلا باس وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه اراد به النيء من ماء الزبيب
والتمر انه ما دام حلوا ولم يصر معتقا فهو بحيث يفسد عند ابانه فلا باس بشربه اذا صار معتقا بان
غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه **قوله** حرام عند محمد
والشافعي وبه قال مالك واحمد **قوله** والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وفي الايضاح نبيذ الزبيب
اذا طبخ ادنى طبخه روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ قال
ابو جعفر يحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ويحتمل ان يكون رواية واختلاف الجواب لاختلاف الوضع
فيكون موضوع ظاهر الرواية ما اذا كان ماء الزبيب قبل الطبخ في غلظ المنصف فيكتفى بادنى طبخه بالمثلث في
موضوعها ما ذكر في النوادر ما اذا كان ماء الزبيب قبل الطبخ في رقة العصير فلا يلحق بالمثلث بادنى
طبخه فان كان في المسئلة روايتان **قوله** الظاهر ان النيء من ماء الزبيب دون النيء من ماء العنب دون
النيء من ماء الزبيب لان ماء العنب لا يخالطه ماء اخر وانما يستخرج ماؤه بالاقدام وماء الزبيب يستخرج
بماء اخر فيختلط ولهذا قال عمر كل شراب استخرج بغير مائه فهو حلال فاشربوه ولهذا لا يفسق شارب
النقيع والنبيذ واذا كان دون النيء من ماء العنب لا يشترط لحلها ما يشترط لحل ماء العنب من الطبخ
ولا باس بالخليطين وهو ان يجمع بين ماء التمر والزبيب ويطبخ ادنى طبخه ويترك الى ان يشتد
كذا في الايضاح والمحرر والمغرب وشرح الغريبين وهكذا قال الخطابي والعجوة التمر الجيد التي يعيب
منه الصرس لجودته لما روي عن ابن زياد وهو عبد الله بن زياد الى اخره وابن عمر كان معروفا بالزهد
والفقه من الصحابة فلا يظن انه كان يسقي غيره ما لا يشربه او يسقي ما كان حراما **قوله** وهذا
من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه اي عن ابن عمر من نقيع الزبيب فعال عمر اجتنبها وفيه
رد لقول اصحاب الظواهر وبعض الروافض واحمد في رواية انهم لا يحلون شرب الخليطين وان كان
حلوا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر رواه ابو
سعيد الخدري وكذا لا يحلون الجمع بين النعمتين لظاهر الحديث لانه يدل على ان الجمع منهما منهي لما
ان كلا منهما اصلا لا تبعا بخلاف المرقة والادام والجمع بين التمرين بعد الطعام والنعم على التعاقب
فانه لا يكره بالاجماع لما ان احدهما صار تبعا للاخر والحلال النعم على التعاقب لا يكون جمعا في وقت واحد
ولنا حديث ابن زياد وقوله تعالى كلوا مما في الارض حلالا طيبا بلا فصل بين حالة وحالة والحديث
محمول على حال الشدة والقحط فاستحب ان ياكل كل واحد بلا جمع ويؤثر بالاخر جاره الجائع حتى

لايشبع هو وجاره جايز كذا روى عن ابرهيم النخعي كذا في مبسوط شيخ الاسلام والدليل على
انه كان في زمن القحط او في بدء الاسلام روى عن عايشه رضي الله عنها كنت انتبذ لرسول
الله صلى الله عليه وسلم فلم يستمره فامرني ان القي زبيبا فالقيت فيه زبيبا **قوله** حلال وان
لم يطبخ اي مادون المسكر وعن محمد رحمه الله في النوادر ان شرب الني منه بعد ما اشتد وقام
لانه مسكر وجه ظاهر الرواية ان العسل والشعير والذرة حلال المتنا ول متغيرا كان او لا
فكذا ما يتخذ منها من الاشربة لان هذا في معنى الطعام والتغير في الطعام لايوثر في الحرمة وكذا
نفس الشدة لايوجب الحرمه فقد يكون ذلك في بعض الادوية كالبنج وفي بعض الاشربة كاللبن
ولين روى فيه حديث فهو شاذ فيما تعم به البلوى ورد **قوله** من الحبوب كالبر والشعير
والذرة اذا اسكر وكذا في المتخذ من العسل والفانيد والسكر والتوت والكمثرى وغير ذلك
اذا اسكر لايحد لان النص ورد بالحد في الخمر وهذا ليس في معنى الخمر فلو وجب الحد فيه لكان بطريق
القياس وذا لايجوز ولان الحد شرع للزجر عن ارتكاب سيئة ودعا الطبع الى هذه الاشربه لا
يكون كدعاء الطبع للمتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزاجر كذا في مبسوط السرخسي
قوله وقد ذكرنا الوجه اشارة الى قوله لانه غير متخذ من اصل الخمر فكان كالبن الرماك **قوله**
قالوا والاصح انه يحد وكذا قال في مبسوط شيخ الاسلام والاسبيجابي **قوله** والاصح انه يحل لان
لان كراهة لحمه الى اخره وفي فتاوى قاضي خان وعامة المشايخ قالوا هو مكروه كراهة التحريم الا انه
لايحد شاربه حتى ذهب بالماء وبقي ثلثه وهو المدعو بالمثلث العمي حلال عندهما وقال محمد ومالك
والشافعي واحمد وابو عبيد وابو ثور واسحق وعمر بن عبد العزيز وعطا ومجاهد وقتاده وطاوس واصحاب
الظاهر حرام وفي النوازل بقول محمد ناخذ وقد ذكرنا القوي على قوله **قوله** قصد به التقوى
اي استمرا الطعام بواسطة وسيل ابو حفص الكبير عنه فقال لايحل فقيل له لم خالفت ابا
حنيفة وابا يوسف فقال لانهما يحلان للاستمراء والناس في زماننا يشربون للفجور وللتلهي فعلم ان الخلاف
فيما اذا قصد به التقوى واذا قصد التلهي لايحل بالاتفاق وعن ابي يوسف في اماليه لو اراد ان يشربها
للسكر فقليله وكثيره حرام وقعوده بذلك حرام ومشيه اليه حرام وعنه عن محمد انه توقف
فيه فقال لا ابيحه ولا احرمه لتعارض الاثار فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر فان قليلها وكثيرها
حرام يوجب الحد فكذا هذا لان القليل منه لو كان مباحا لما اوجب الحد وان سكر منه لان السكر
انما حصل بشرب الحرام والحلال جميعه فباعتبار جانب الحل يمنع وجوب الحد عليه فاذا اجتمع
الموجب للحد والمسقط له ترجح المسقط على الموجب لسقوطه بالشبهة ولان القليل وان لم يكن
مسكرا فهو مود اليه وما يودي الى الحرام يكون حراما الا ترى ان القليل من الباذق والمنصف
والمنصف المشتد حرام وان كان القليل منه لايسكر لانه يودي الى السكر فكذا هذا ولنا ان
لابي حنيفه ولابي يوسف **قوله** حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب رواه ابن عباس وهذا خبر
صحيح وفي رواية عن ابن عباس حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وعن علي كرم
الله وجهه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اتي بمكة بنبيذ فذاقه فقطب وجهه فرده فقيل يا رسول
الله هذا شراب اهل مكة فقال صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فقد
حصل السكر في غير الخمر فعلم ان القدح المسكر حرام **قوله** وانما حرم القليل منه اي من الخمر
لان قليلها يدعو الى الكثير للطافته فاعطي اي القليل حكمه اي حكم الكثير بخلاف المثلث فان
قليله لايدعو الى كثيره فلا يكون القليل سببا للفساد فيكون مباحا وهذا في الحقيقه جواب عن

قولهم ان القليل حرام لانه سبب للفساد ولهذا حرم قليل الباذق والمنصف لان قليله يدعو الى
الكثيره غالبا للطافته **قوله** لما بيناه اي في اول الكتاب من طعن يحيى بن معين وعن ابرهيم النخعي
قال وما يرويه الناس منه عليه السلم كل مسكر حرام خطا رادوا فيه الميم والصحيح من الروايه كل
سكر حرام وكذا ما يرويه الناس ما اسكر كثيره فقليله حرام لم يثبت من النبي صلى الله عليه وسلم
ولان الخلاف في ذلك مشهور بين الصحابة ولم يصح بهما احد ولان الاخبار لما تعارضت تمسك بالقيا
وهو شاهد لنا لانه تعالى في قوله انما الخمر والميسر الاية بين في الجمله تحريم الخمر وهو الصد عن
ذكر الله وايراث العداوة والبغضا وهذه المعاني لاتحصل بشرب القليل ولو خلينا لظاهر الاية
لقلنا بان القليل من الخمر لايحرم ايضا لكنا تركناه في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي
على ظاهر الاية ثم هو اي الحديث ان صح محمول على القدح الاخير بدليل ما روى ابن عباس انه صلى
الله عليه وسلم كل مسكر حرام فقيل يا رسول الله ان هذا الشراب اذا اكثرنا منه سكرنا قال صلى
الله عليه وسلم ليس كذلك اذا شرب تسعه فلم يسكر لاباس به واذا شرب العاشر يسكر فذلك حرام
ولهذا قال ابو يوسف لو شرب تسعة اقداح من النبيذ ولم يسكر فاوجر العاشر وسكر لاحد عليه
ولو اوجر التسعه وشرب القدح العاشر بالاختيار وسكر يحد ذكره في المحيط وعن ابي موسى الاشعري
قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعاذا الى اليمن فقلنا يا رسول الله ان بها شرابين يصنعان
من البر والشعير احدهما يقال له المزر والاخر يقال له البتع فقال صلى الله عليه وسلم اشربا
ولا تسكرا فدل ان المراد من قوله كل مسكر حرام انما هو في المقدار الذي يسكر لا على العين الذي
يسكر كثيره والاخبار في الباب كثيره ولهذا قال ابو حنيفه لو اعطيت الدنيا بحذافيرها لا افتي بحرمته
لان فيه تفسيق بعض الصحابة ولو اعطيت الدنيا بشربها لا اشربه لانه لاضرورة فيه وهذا غاية
تقوله وابن حزم صحح قوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام وروى احاديثا لحجالة الراوي والار   سال
وهذا غاية تعصبه وسفاهته لان الثقات رواها شاهدا ايضا بعدم الصحة كما ذكرنا فالاولى الجمع
كما ذكرنا او يحمل ذلك على الا ... ليكون قطعا عن الخمر فلما وقع الفطام اباح ذلك بدليل ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال انا نشرب من هذا النبيذ شرابا يقطع لحوم الابل في بطوننا قال عمرو
ابن ميمون فشربت من نبيذه فكان اشد النبيذ وعن عامر قال اتي رجل سكران الى عمر فجلده فقال
انما شربت من نبيذك وان كان انما اضربك للسكر والاقوال في خبر عمر في هذا الباب كثير فعلم
ان ذلك كان في الابتدا **فان قيل** القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده
بنفسه فينبغي ان يكون الكل حراما **قلنا** الحكم يضاف الى الجزء الاخير لما ذكر في الاصول انه علة
معنى وحكما كما في اكل الميتة حالة المخمصه مباح بقدر الشبع وما زاد حرام فيكون الحرمة مضافة
الى الجزء الاخير وكما ان مقدار الدرهم من النجاسة غير مانع والحكم يضاف الى الجزء الاخير وكذا
المن الاخير في السفينه اضاف اليه الضمان وان كان الغرق يحصل بالكل وكالمتخم فان تناول الطعام
بقدر ما يغذيه ويقوي بدنه حلال وما يتخمه وهو الاكل فوق الشبع حرام فالمحرم ما هو المتخم
وما زاد على الشبع وان كان هذا لايكون متخما الا باعتبار ما تقدمه فكذا في الشراب كذا في المبسوط
والذخيره **قوله** حكمه حكم المثلث لم يذكر اسم هذا الشراب وله اسامي حمسة المنحج تعريب پخته
ذكره في المغرب والذخيره والجمهوري منسوب الى جمهور الناس اي جلهم والحميدي منسوب الى
رجل اسمه حميد بن هاني سمي بتصغير الحمد ذكره في المغرب وابو يوسفي ويعقوبي كلاهم علم لابي يوسف
نسب اليه لانه يستعمله كثيرا في الذخيره اختلف المشايخ فيه قال الفقيه ابو محمد هو العصير الذي صب

فيه الماء وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فيكون الذاهب من العصير اقل من الثلثين فما دام حلوا
يحل شربه واذا اشتد وقذف بالزبد لا يحل عند علمائنا جميعا وقال بعضهم المثلث هو الحميدي
وفي الذخيرة صورته ان يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد فانه يحل شربه عند ابي
حنيفة وابي يوسف ما دون السكر وهل يشترط الاباحة بعد الصب عندهما ادنى طبخة اختلف
المشايخ فيه قال الفضلي يشترط وقال غيره ممن كان في زمانه لا يشترط ومن الاشربة التي يحل شربها
الخردلي وهو ان يطلى الخابية بالخردل ويصب فيها العصير ويمضي على ذلك مدة ولم يشتد ولم
يسكر فان سكر فحرام كذا في جامع قاضي خان **قوله** في رواية عن ابي حنيفة وهو رواية الحسن
عنه فقد روي عنه اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه اذا غلا واشتد كما في نقيع الزبيب والتمر وانكر
المتقدمون من مشايخنا هذه الرواية عنه وقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت
ابا حنيفة انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لان العصير فيه قائم بلا تغير وتاثير الطبخ
في الفصل بين العصير والثفل وكما لا يحل الشرب ادنى طبخة ويشترط ذهاب الثلثين فكذلك العنب
كذا في الذخيرة **قوله** ولا باس بالانتباذ الى اخره وهو قول اكثر اهل العلم وعن احمد في رواية
كره الانتباذ فيها لنهيه صلى الله عليه وسلم وقال مالك اكره ان ينبذ في الدبا والمزفت واباح الجرار
كله غير المزفت والحنتم والنقير والدبا هو اليقطين والحنتم الجرار الحمر وقيل الصفر يحمل فيها الخمر الى
المدينة الواحدة حنتمة والمزفت الوعاء المطلي بالزفت وهو القير والصحيح من مذهب احمد كقول
العامة لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فقد اذن
لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوا ما بدا
لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع موسركم على معسركم وعن النبيذ في الدبا والحنتم والمزفت
فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا ففي الحديث دليل جواز نسخ
السنة بالسنة **قوله** وانما ينتبذ فيه اي في وعاء الخمر بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا
فيطهر كما تنجس الظرف بالدم والبول فانه يطهر بالغسل ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد
وقد مر في الطهارات فيما لا ينعصر بالعصر **قوله** قولا واحدا وبه قال مالك واحمد وان كان
تغيرا للقاشي بنقل من الظل الى الشمس او بايقاد النار بالقرب منه فله قولان في قول يحل كقولنا
وفي قول لا يحل وبه قال مالك واحمد اما اذا صار خلا بطول المدة بدون علاج يحل بلا خلاف لهم
ما روى انس قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم اتخذ الخمر خلا قال لا رواه الترمذي وروى مسلم عن
ابي طلحة انه سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا فقال اهرقها قال افلا اخللها قال لا رواه
ابو داود وعن عمر انه قال على المنبر لا يحل خمرا فسدت حتى يكون الله تعالى تولى افسادها ولم ينكر عليه
احد ولان الاجتناب عنها واجب بالنص وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول وهو ضد المامور
وهو الاقتراب للاراقة لان ذلك مبالغة في الاجتناب عنها معنى واذا كان التخليل حراما فلا يكون
موثرا في الحل كذبح الشاة في غير مذبحها بخلاف ما اذا تخللت بنفسها بمضي الزمان لتبدلها شيئا اخر بطبعها
كما تغير الشاب شيخا اما بالتخليل لا ينقلب العين لانه ليس الى العباد تقليب العين بالتكليف كما ان الشيخ
لا يصير شابا والشاب شيخا بالتكلف ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر
تخلل فتحل وفي رواية كالخمر يخلل فيحل والروايتان كالخبرين فيعمل بهما وقوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام
ولم يفصل وقوله صلى الله عليه وسلم خير خلكم خمركم وقد روي عن علي وابن عمر وعائشة وابي
الدرداء والحسن وسعيد بن جبير انهم اصطنعوا بخل الخمر وليس في اخبارهم انها انقلبت بنفسه

ولان التخليل اصلاح لجوهر فاسد فكان حلالا كدبغ الجلد والاصلاح مباح اي بالاجماع كالدباغ
وكذا الصالح للمصالح مباح كما لو تخلل **قوله** والاقتراب لكذا جواب عن قولهم ان الاقتراب
حرام **فان قيل** في نجس العين يحرم التصرف فيها قياسا على الميتة والبول والدم **قلنا**
ليس كذلك لانها كانت العصير وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها بل في
وصفها وهي تقبل الزوال كالاصباغ ولهذا لو تخللت بنفسها تحل واما قوله صلى الله عليه وسلم
لا تتخذوا الخمر خلا اي لا تستعملوها استعمال الخل بان يؤتدم بها ويوضع على المائدة كما يوضع الخل
وهو نظير ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وان تتخذوا
الدواب كراسي المراد الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون
الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال صلى الله عليه وسلم اليس كانوا يامرون وينهون وتطيعونهم
قال نعم قال هو ذاك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال واما قولهم التخليل تصرف فيها على قصد
التمول قلنا بل ما هو على قصد التمول بالخمر بل هو اتلاف صفة الخمرية فكان كالاقتراب
للاراقة واما قولهم ليس الى العباد تقليب العين قلنا فسلم ولكن اليهم احداث المجاورة بين
الخل والخمر حتى يزول صفة الخمرية الى طبع الخل في اسرع الاوقات فكان هذا اقرب الى الجواز
من الامساك فاذا جاز الامساك الى ان يتخلل فالتخليل اولى بالجواز اليه اشار في المبسوط واما
حديث ابي طلحة فمحمول على انه كان في ابتداء التحريم حين كان عليه الصلاة والسلام يبالغ في امر الخمر زجرا لهم
وقلعا عن العادة وخمور الايتام كانت جائزة الاراقة لانها ليست باموال متقومة في حق المسلمين
ولولي اليتيم ان يحفظ عليه ما كان مالا لا ما ليس بمال مع ان فيها كذا ويجوز اتلافها
لمصلحة كجواز الرمي الى الكفار اذا تترسوا بصبيان المسلمين **قوله** نقص منه اي انقص من النقصان
قوله وقيل تطهر تبعا من غير اراقة الخل وبه اخذ الهندواني وابو الليث والصدر الشهيد
وقيل لا تطهر لان ما يداخله خمر يابس فيكون نجسا فلا يطهر حتى يغسل اعلاه بالخل فما دخل
من اجزاء الخمر يصير خلا فان لم يفعل ذلك وملاه من العصير تنجس العصير ولا يحل شربه لانه
عصير خالطه خمر فالحيلة ان يدار فيه الخل حتى يصيب جميع الظرف فاذا فعل ذلك فقد طهر
وان لم يتشرب فيه الخل كذا في الذخيرة **قوله** الامتشاط به اي بالدردي فان بعض النساء يفعل
ذلك وقد صح عن عائشة انها كانت تنهى النساء عن ذلك اشد النهي الدردي ما يبقى اسفل
كل شيء يقال دردي الزيت وغيره ما في اسفله كذا في الصحاح ودبره الدابة دبرها او جرحها والو بال
على من سقاه اي الصبي لانه غير مخاطب وكذا لا يحمل اي الدواب او في السقي والحمل اقتراب الى
الخمر على قصد التمول كما في الكلب والميتة اي لا تحمل الميتة الى الكلب ولو نقل الميتة الى الكلب لا باس
به وكذا الفارة لا تحمل الى الهرة ولكن الهرة تحمل الى الفارة كيلا يصير حاملا للنجاسة بلا ضرورة وفي
الذخيرة ويكره ان يبل الطين بالخمر **قوله** وقال الشافعي يحد وبه قال مالك واحمد واكثر اهل
العلم لانه شرب جزءا من الخمر اذ الدردي لا يخلو عنه وفي الخمر يجب الحد في القليل والكثير قلنا
وجوب الحد للزجر وشرع الزاجر فيما يميل اليه الطبع والطباع لا تميل الى شرب الدردي بل من
يعتاد شرب الخمر يعاف الدردي وقليله لا يدعو الى كثيره **قوله** لانه اي الاحتقان والاقطار
انتفاع بالمحرم وهو حرام وبه قال مالك والشافعي في قول واحمد وقال الشافعي في قول يجوز اذا
اخبره عدلان ان شفاءه في ذلك ولا يجب الحد اي بالاحتقان والاقطار وبه قال الشافعي واحمد
ومالك لان الحد يجب بالشرب بالحدث وعدم الشرب ولشبهة اختلاف العلماء في اباحته ههنا وحكي

عن احمد في رواية انه يجب الحد بالاحتقان لانه اوصله الى جوفه قال ابن قدامة والاصح انه لا يجب الحد لعدم الشرب **قوله** ولا حد ما لم يسكر منه لانه مطبوخ ولان الغالب عليها غير الخمر والمعتبر هو الغالب في حكم الحل وقال احمد يحد لان عين الخمر موجود فيها **قوله** حين عجن عجينه بالخمر لان العجين يتنجس بالخمر والعجين لا يطهر بالخبز فلا يحل اكله لكن لا يحد لان اجزاء الخمر اكلتها النار ولم يبق الا اثره اما اللحم اذا طبخ بالخمر فعند محمد لا يطهر ابدا وعند ابي يوسف يغلى بالماء الطاهر ثلاث مرات ويبرد في كل مرة فيطهر ولا يحل لبن الميتة والانفحة طاهر عند ابي حنيفة مايعة كانت او جامدة وقالت الايمة الثلاثة نجس جامدة او مايعة وقال ابو يوسف ومحمد ان كانت جامدة فهي طاهرة وتوكل اذا اغسلت وان كانت مايعة فهي نجسة لانها في وعا نجس لتنجسه بالموت كما لو وقع المايع في وعا نجس بعد الخروج وان كانت جامدة يتنجس طاهرها فيطهر بالغسل وعنده هي من اجزاء الميتة وله انها وعا ليس بنجس لانه عصب وعصب الميتة طاهر والبيضة التي تخرج من دجاجة ميتة ان كانت جامدة فطاهرة عندنا وان كانت مايعة فهي على الاختلاف وهي كالانفحة

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب ما يمنعه عن التخمير الحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله **قوله** يحل كان لم يكن يعني ما ذهب من القدر من عاية الغليان وقذفه بالزبد لا يعتبر الدورق مكيال للشراب وهي اعجمي معرب عن العوري قيل يسعة عشر امنا **قوله** او ما يمازجه من التراب والثفل والدردي فعلم ان ما اخذ من الزبد انتقص من اصل العصير فسقط اعتباره **قوله** وان كانا يذهبان معا فعلى الجملة كان محمد احكم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ حتى يذهب الماء اولا ومنه ما لو صب الماء يذهبان معا ففصل الجواب ففي الاول وهو الذي يذهب الماء اولا يطبخ حتى يبقى تسع الجملة ووجه هذا ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة اسهم لانك تحتاج الى ان يجعل عشره دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك الى الثلث والتثليث فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي الا العصير لا غير وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل **قوله** وفي الوجه الثاني وهو الذي يذهب الماء والعصير معا يجب ان يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى عشرة ثلثه فتى بقي عشره كان ثلثاه ماء وثلثاه عصير وكان الباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما طبخه على الثلث والثلثان سوا كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** قبل ان يصير محرما اي قبل غليانه واشتداده لان الطبخ الثاني وجد في حال حلاوته اما بعد اشتداده وغليانه وصيرورته محرما لا يحل لان الطبخ في المرة الثانية لا يفي عينا محرما **قوله** ولو قطع عنه النار وصورته اذا طبخ العصير حتى ذهب ثلاثة اخماسه مثلا وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى نقص عنه تمام التثليث وبقي الثلث لان ما ذهب بعد قطع النار ذهب بحرارتها فصار كما لو شمس العصير وذهب ثلثاه بحرارة الشمس فيصير مثلثا لان المقصود ذهاب الثلثين وصار كما لو صار مثلثا والنار تحته بخلاف ما لو برد وصار مشتدا محرما ثم طبخ حتى ذهب ثلثاه لما قلنا ان النار لا تفي محرما الكل من المبسوط والذخيره **قوله** ويحرم فيما بقي بعد المنصب الى اخره وذلك ان الرطل الذاهب في الغليان في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي قبل ان ينصب منه شي تسعه ارطال فعرف ان كل رطل في ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلاثة ارطال

فهذا في المعنى بثلاثة ارطال وثلاثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل كذا في المبسوط ووجه اخر ان ما ذهب بالطبخ ذهب من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال منها ثلاثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السوا فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو اردت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلاثين سهما وقد اريق ثلاثة وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل وهذا معنى قول الشيخ وهذا طريق اخر وفيما اكتفينا كفاية والله اعلم

كتاب الصيد

قيل اورد الصيد بعد الاشربة لان كلا منهما قد يصير من اسباب التلهي الا ان التلهي بالاشربة حرام وبالصيد مكروه فقدم الحرام لقوته على المكروه او لان كلا منهما يورث الطرب والسرور والسرور بالشرب يحصل بامر داخل وفي الصيد بامر خارج فكان السرور الاول اكثر لصوقا بالادمي من الخارجي فقدمه ثم الصيد من المكاسب وكانت المحاسن المذكورة في البيع وغيره من المعاملات كاينة فيه الصيد لغة مصدر بمعنى الاصطياد وقد يسمى المصيد صيدا تسميه بالمصدر والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا والامر للاباحة وقوله تعالى احل لكم صيد البحر وقوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين والحديث مذكور في المتن والاجماع ايضا **قوله** ولانه الى اخره دليل معقول **قوله** ويمكنه من اقامته اذ ربما يكون في مفازة او لا يجد من اللحم عنده فلو لم يبح الاصطياد فما جوعا فينبغي ان يكون الاصطياد واجبا لما ذكر انه التمكن من اقامة التكاليف والتكاليف واجب لكونه غير متمكن لاقامتها فكان مباحا ولهذا قالوا ايباح اذا كان مقصوده اقامة التكليف وان كان مقصوده التلهي يكره

فصل في الجوارح

قدم الجوارح على الرمي لما ان الة الصيد حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد مع ان الحيوان ههنا متصفه بالعلم فكان افضل من الرمي الذي لا صلاحية له في التعلم **قوله** لا باس وانما قال بلفظ لا باس لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح عام مخصوص فانه خص منه الخنزير والاسد والاسد والدب وكان خاصا عند البعض لا يبقى حجة اصلا كما ذكر في الاصول فلهذا قال بلفظ لا باس وفي الايضاح ولا يجوز الاصطياد بهذه الثلاثة وان كان عموم قوله وساير الجوارح المعلمة يتناولها لان التعلم منها لا يتصور فانا نستدل على التعليم بترك الاكل ومن عادة الاسد والذيب انه لا يمسكا صيدهما فلا يا كلانه في الحال حتى لو تصور العلم منهما جاز واما الخنزير فانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما ثم لا خلاف بين اكثر اهل العلم ان ما يقبل التعليم من سباع البهايم كالفهد وغيره او جوارح الطير يجوز الصيد به اذا صار معلما وحكي عن ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الصيد الا بالكلب لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين يعني كلبتم من الكلاب ولنا ان المراد من الجوارح الكواسب قال تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم ويقال جارحة اهله اي كاسبهم ومكلبين من التكليب وهو الاغراء وسال عدي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي

تعالى صلى الله عليه وسلم اذا امسك عليك فكل وعن احمد والحسن البصري والنخعي وقتادة واسحق
واصحاب الظاهر لا يوكل ما صيد بالكلب الاسود اذا كان بهيما والبهيم الذي لا يخالطه لون
سواه لانه صلى الله عليه وسلم قال هو شيطان وامر بقتله وما وجب قتله حرم اقتناوه وتعليمه
فلم يبح صيده كغير المعلم ولنا عموم الاية والخبر والقياس على غيره من الكلاب ثم حل التناول
مختص بشرائط منها ان يكون الصايد من اهل الذكاة كالمسلم والكتابي وان يعقل الذبح والتسمية
حتى لا يوكل صيد الصبي والمجنون اذا لم يعقلا الذبح وان يكون ما يصطاد به معلما وان يجرح
وفي معنى الجوارح قولان ان يكون جارحا بنابه او بمخلبه والثاني ان يكون من الكواسب ومنها
الارسال بالحديث ومنها التسمية بالحديث حتى لو ترك المرسل التسمية عمدا لا يوكل خلافا
للشافعي ولو ترك ناسيا يوكل عندنا ومالك وعن احمد لا يوكل وقد مر في الذبايح وفي الكافي
المكلب مودب الجوارح ورايضها ليصيد لصاحبها بطريق التاديب واشتقاقه من الكلب
لان التاديب اكثر مما يكون في الكلاب فاشتق من لفظه لكثرته في جنسه وانتصاب مكلبين
على الحال من علمتم **فان قلت** ما فايدة هذه الحال وقد استغني عنها بعلمتم **قلت**
فايدتها ان يكون من يعلم الجوارح نحريرا في علمه موصوفا بالتكليب وتعلموهن حال ثانية او
استيناف وفيه فايدة جليلة وهي ان على كل من اخذ علما يجب ان لا ياخذ الا من اقتل اهله
علما وانحرهم دراية واغوصهم على لطايفه وصفاته وان احتاج ان يضرب اليه اكباد الابل
فكم اخذ من غير متقن فقد ضيع ايامه وعض عند لقاء النحارير اناملة **قوله** والحديث
به اي بالتعليم وبالارسال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا ارسلت كلبك المعلم
ولانه اي الحيوان انما يصير الة بالتعليم ليكون عاملا له وفي مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله الالة
يحصل بها الذكاة نوعان جماد وحيوان والجماد ما يتصل بالفاعل كالسكين والسيف والرمح وما
ينفصل عن الفاعل كالسهم وغيره والحيوان نوعان ما يكون من جنس السباع وما يكون من جنس
الطيور وانما يصلح هذه الحيوانات الة بعد العلم لان قتله من حيث انه لا عمل له وهو جارح
يصلح الة كالسكين ومن حيث ان له اختيارا لا يصلح الا ان الالة ما لا اختيار له كالسكين واذا
لم يترجح ما يوجب ان يكون الة على ما يمنع شرط الشرع التعليم فيه حتى يترجح ما يوجب كونه
الة لانه لما عمل لصاحبه لا لنفسه كان كالسكين فترجح كونه الة **قوله** وبدن الكلب يحتمله اي
الضرب فيمكن ان يضربه حتى يدع الاكل وبدن البازي لا يحتمله فتعذر تحقيق هذا الشرط
فاقيم مقامه ما يدل عليه وهو الاجابة عند الدعا **قوله** ترك ما هو مالوفه عادة لان
حقيقة العلم والجهل في الحيوان امر مبطن فاقيم تبدل العادة المالوفة مقام العلم والجري
على ذلك فيقام ضده وفي الكلب ضد العادة المالوفة ترك الاكل لا الاجابة عند الدعوة
لانه الوف في اجابة صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه وعادته فلا يكون ذلك علامة
عليه بل ترك اكله مع حاجته اليه لان الافتراس للتناول طبع الكلاب والسباع والبازي متنفر
بطبعه بالاجابة علامة عليه لانه خلاف طبعه ولكن هذا الفرق لا ياتي في الفهد فانه متنفر
كالبازي والحكم فيه وفي الكلب سوا فالمعتمد هو الاول ثم يشترط في البازي ما يشترط في الكلب
الا ترى الاكل فان عند العامة ليس بشرط في الطير وبه قال ابن عباس ونص الشافعي انه يشترط كالكلب
في تحريم ما اكل منه من صيده لان مجالدا روى عن الشعبي عن عدي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال ان اكل الكلب والبازي فلا تاكل لانه جارح اكل مما صاده بعد قتله فاشبه سباع البهايم

ولنا اجماع الصحابة فانه روي عن ابن عباس انه قال اذا اكل الكلب الصيد فلا تاكل وان اكل البازي
فكل ومما ذكرنا ان تعلمه بالاجابة واما الخبر فلا يصح قال احمد بن حنبل روايات مجالد غير صحيحة
وقياس الطير على السبع لا يصح لما ذكرنا من الفرق بغير مدة الخيار وامهال المرتد وللمهاجر اي ثلاث
سنين وقال صلى الله عليه وسلم اذا استاذن احدكم ثلاثا فلم يوذن له فيرجع وقال عمر اذا لم
يربح احدكم في تجارته ثلاث مرات فليتحول الى غيرها **قوله** وبعض قصص الاخبار كانه اراد به
قصة موسى مع معلمه عليهما السلام حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقصة زكريا
عليه السلام في قوله تعالى ثلاثة ايام الا رمزا **قوله** وادناه اي ادنى الجمع الثلاث وقدر به
لان ما فوقه من افراد الجموع ليس بعضه اولى من بعض فقدر بالادنى لانه المتيقن **قوله** كما هو
اصله اي اصل ابي حنيفة رحمه الله في جنسها اي جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير
ما علف في نزح البير المعينة ولم يقدر اصحاب الشافعي عدد المرات لان التقدير بالتوقيف ولا توقيف
بل قدروه بما يصير به معلما في العرف وبه قال احمد الا انه قال اقل ذلك ثلاث وحكي عن
مالك وربيعة لا يعتبر ترك الاكل كما يجي وقال بعض اصحاب احمد لا يشترط التكرار في العلم لانه
صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كساير الصنايع ولنا ما ذكرنا ان ترك الاكل ثلاث مرات دليل عليه **قوله**
وعلى الرواية الاولى وهي التي قدر بالثلاث **قوله** كالتصرف والمباشر في سكوت المولى فانه
غير صحيح بالاتفاق لان الاذن ثبت بسكوته فيوثر فيما بعده **قوله** ا لابي حنيفة رحمه الله انه
اي ترك الاكل علامة تعلمه عنده اي عند امسال الثالث على صاحبه وقد امسك على صاحبه
بعد امساك صاحبه فكان صيد كلب معلم فيحل كالرابع بخلاف مسئلة الاذن لان الاذن اعلام
فلا يتحقق بغير علم العبد وذا بعد مباشرته وسكوت سيده **قوله** وذلك فيهما اي في
الكلب والبازي في الارسال فلا بد من الارسال وبه قالت الايمة الثلاثة واكثر اهل العلم
حتى لو استرسلت بنفسها وقتلت صيدا لم يبح وعن عطا والاوزاعي يوكل اذا اخرجه للصيد
لان الاخراج له كالارسال وقال اسحق اذا سمى عند انفلاته يباح صيده لما روي ان ابن عمر سئل
من الكلاب ينفلت من مرابضها فيصيد الصيد قال اذا ذكر اسم الله وكل ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لعلي اذا ارسلت كلبك الحديث فقد شرط الارسال ولان الارسال كاستعمال الالة كما
ذكر في المتن ولهذا اعتبرت التسمية معه ولو استرسل وسمى صاحبه وزجره فزاد في عدوه ابيح
صيده وبه قال احمد وقال الشافعي لا يباح لعدم الارسال وعن مالك كالمذهبين وقلنا
لما زجره واثر فيه صار كما لو ارسله وكذا لو ارسله ثم سمى وزجره فزاد في عدوه ابيح صيده
قوله فلا بد من الجرح في ظاهر الرواية حتى لو قتله الكلب او البازي بلا جرح لا يحل وكذا
اذا كسره من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل كما روي عن ابي يوسف وهو قول عن
الشافعي وفي قول اخر لا يحل كما في ظاهر الرواية وبه قال مالك واحمد وفي الذخيرة والفتوى
على ظاهر الرواية **قوله** رجوعا الى التاويل الاول وهو ان المراد من الجوارح الكواسب فيحل
صيده باي وجه كان لعموم النص وجواب ما قلنا وهو ان الجوارح حقيقة ما يجرح بنابه
ومخلبه وبمعنى الكواسب ويمكن حمله عليهما فشرطنا كلاهما عملا بالاحتياط كذا في المبسوط **فان**
قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز وعموم المشترك لان الجوارح اما ان تكون حقيقة في الكواسب
او مجازا **قلنا** لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم
ذلك وهذا معنى قول فخر الاسلام في الحيض في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن

قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انه امراد ان لا يتولانا في نكذا هاهنا لا سائي من الكسب
والجراحة ولانه يصير في معنى الموقوذة وهو حرام بالنص **قوله** وهو حجة اي حديث عدي على مالك
والشافعي وربيعة حيث قالوا اما باحته تمسكا بما روى ابو ثعلبة انه صلى الله عليه وسلم قال اذا
ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل رواه ابو داود وقلنا حديث عدي متفق عليه
فكان اولى بالتقديم ولانه متضمن للزيادة وهو ذكر الحكم معللا وفي حديث ابي ثعلبة قال كلبك المعلم
ولا يحصل العلم بالاكل ويدل عليه قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم والامساك عليه هو ان لا ياكل
منه ذكره في الكشاف وغيره واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم فقال فلا تاكل فانما امسك على نفسه
فعلم ان المراد من الاكل في حديث ابي ثعلبة ولوغه في دم الصيد وذلك القدر لا يحرم او كان ذلك
قبل نزول الاية ثم انتسخ كذا في المبسوط وقيل المراد منه الاكل بعد اخذ صاحبه ووصوله اليه
وذلك لا يضر واكل بعد ما قتله وانصرف منه ولا يعارض قوله تعالى مما امسكن عليكم يقتضي شرطيه
عدم الاكل في البازي وما قلتم به لانا نقول القياس ذلك الا انا تركناه في البازي باثر ابن عباس
واجماع الصحابة وان قال الخصم اذا خص عموم النص بالاثر عن لا يشترط عدم الاكل في الكلب
قياسا على البازي قلنا قياس يخالف للنص فانه لو اخرج الكلب منه ما بقي تحت النص شيء فيبطل
النص فيكون مخالفا للنص **قوله** على اختلاف الروايات تقديره باجتهاده الكلاب وعندهما
ترك الاكل ثلاثا كما مر ولا يعلم فيه خلاف بان كان في المفازة بعد ولم ياخذ الصياد فالحاصل
انما حكم بجهله مقصورا وبه قالت الائمة الثلاثة وعند ابي حنيفة مستندا **قوله** لانه اصلها
اي اصل الحرفة ويحتمل ان ينسى دقايقها بالترك زمانا كالخياطة ونحوها في الادمي ولما وجب الحكم
بكونه جاهلا في الحال تبين انه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل حين ترك للشبع وحين لم يترك
كان جايعا وهذا الاكل وان كان محتملا لكنه يعرانه لكونه غير معلم بدليل شرعي حيث حرم تناول
هذا الصيد وبدل الاجتهاد بطل حصول المقصود لان المقصود منه الاكل ولم يوجد في المحرز وصار
كتبدل اجتهاد القاضي قبل‌ ‌ وفي المبسوط من اصحابنا من قال هذا اذا كان العهد قريبا باخذ تلك
الصيود واما اذا تطاول العهد بان اتى عليه شهر ونحو ذلك وقد قدد صاحبه صيوده لم تحرم تلك
الصيود لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليل كونه غير معلم وفي المدة القصيرة
لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان غير معلم والاظهر ان الخلاف في الفصلين جميعا وفي الذخيرة اما
ما باع مما قدد من صيوده فعندهما لا ينقض البيع وعند ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان ينقض البيع
اذا تصادق المشتري والبايع على كون الكلب جاهلا **قوله** فكذا حيننا ثم صاد معناه رجع الى
صاحبه ثم صاد لا يوكل اما ما صاد قبل الرجوع الى صاحبه فلا شك انه لا يوكل لعدم الامساك **قوله**
ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل وبه قال اكثر اهل العلم وعن الشعبي والثوري كره
اكله لانه في معنى الاكل منه ولنا ما ذكر في المتن **قوله** ولو اخذ الصيد اي صاحب الكلب اخذ
الصيد من الكلب المعلم وكذا اذا وثب الكلب واخذ من الصيد بعد اخذ صاحبه واكل يوكل ما بقي لتحقق
الامساك عليه وخروج الصيد عن الصيدية فلا يخرج من كونه معلما بخلاف ما لو اكل قبل اخذ صاحبه
فانه يخرج عن كونه معلما ولان هذا من عادة الصيادين بعد اخذ الصيد ان يرموا بقطعة منه الى الكلب
فكان الكلب طالبا لهذه العادة وهو دليل حذقه لا دليل جهله واما قبل الاخذ لم تجر العادة فكان
اكله في ذلك الوقت دليل جهله اليه اشار في المبسوط **قوله** فلا يدل على جهله بل يدل على حذاقته
حيث تناول ما يعلم ان صاحبه لم يرغب فيه فهو كما لو شرب من دمه وان ادرك المرسل الصيد حيا

عليه ان يذكيه الى اخره الكلام في مثله في اربعة مواضع احدها الشاة او غيرها اذا مرض وبقي فيها من
الحياة ما بقي في المذبوح والثاني اذا قطع الذئب بطن الشاة وبقي فيها من الحياة مقدار ما بقي في المذبوح
فاخذه المالك والثالث الكلب المعلم والبازي المعلم فاذا اخذ المالك صيده وبقي فيه من الحياة
بقدر حياة المذبوح والرابع الصيد بعد رميه واصابته السهم وبقي من الحياة فيه بقدر المذبوح
فرماه اخر وقتله ففي الاول والثاني عندهما لا يقبل الذكاة حتى لو ذكاها لا يحل واختلف المشايخ
على قول ابي حنيفة قال الاسبيجابي يقبل لو ذكاها حل وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي والصدر
الشهيد وقال شيخ الاسلام لا يقبل حتى لو ذبحها لا يحل على قوله فالحاصل ان الحياة عبرة عنده وان
قلت وعندهما لا يعتبر القليل وقدر القليل بما يبقى في المذبوح واتفق مع ابي حنيفة في اكثر منه
ومحمد رحمه الله فرق بين القليل والكثير يوم وفي الثالث والرابع اذا بقي من الحياة بقدر حياة
المذبوح لا يفعل الذكاة بالاجماع حتى لو لم يذبحه يحل كذا في الذخيرة وبه قالت الائمة الثلاثة
واكثر اهل العلم **قوله** وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد ايضا ولم يقدر على الاستعمال
فان كان بينه وبين الماء سبع او عدو او البير عميق وليس له آلة الذبح **قوله** لا يمكن اعتباره اذ
اعتبار التمكن حقيقة فمن الناس من يتمكن من الذبح في ساعة لطيفة ومنهم من لا يتمكن باكثر من ساعة
على حسب تفاوتهم في الكياسة فادير الحكم على ما ذكر وهو اثبات يده عليه بقدر ما يتمكن من الذبح
في الجملة واقمنا ذلك مقام التمكن حقيقة كما اقمنا السفر مقام المشقة لتفاوت الناس في لحوق
المشقة **قوله** ليس بمعدح اي محل للذبح **قوله** خلافا للشافعي ومالك واحمد والحسن بن زياد ومحمد
ابن مقاتل ايضا فان عندهم يوكل استحسانا لانه لم يقدر على الاصل وهو ذكاة الاختيار لضيق
الوقت وما جاء منه تفريط وبه اخذ الامام قاضي خان رحمه الله **قوله** يتوهم بقاؤه اي جارح الجرح
الذي جرحه الكلب **قوله** لانه وقع في يده حيا فلا يحل بدون الذكاة **قوله** هذا الذي ذكرنا وهو انه
لا يوكل عندهما فيما اذا شق بطنه واخرج ما فيه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ان كانت فيه
حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاته
الذبح وقد وجد عندهما حل بلا ذبح **قوله** حيوة خفية اي دون حياة المذبوح او فيه اي فوق حياة
المذبوح وقيل الخفية بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحياة والحياة البينة بان يتحرك يحل اذا ذكاه وعليه
الفتوى على قول ابي حنيفة لانه تعالى استثناه اي ذكيتم مطلقا بلا فصل ولان المقصود تسييل الدم
النجس بفعل الذكاة وقد حصل كذا في المبسوط **قوله** لانه اي لم يكن موته بالذبح اي مضافا الى
الذبح وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** وان كان لا يمكنه ذبحه اكل ولا نعلم فيه خلاف وان ادركه
فذكاه حل ولا يعلم فيه خلاف ايضا **قوله** واذا ارسل كلبه على صيد وفي بعض النسخ كلبه المعلم على
صيد اي على صيد معين واخذ غيره حل اي ما دام في سنن ارساله ذكره في المبسوط وفي المحيط ارسل
كلبه الى صيد فاخذ آخر او عدا من الصيد واحدا بعد واحد في ذلك الفور وكله حلال ولو قتل صيدا
وجثم عليه طويلا ثم اخذ اخر لم يحل وكذا لو عدل عن ذلك الصيد يمنة ويسرة وتشاغل في غير طلب
الصيد ثم اتبع صيدا واخذه لم يوكل الا اذا زجره صاحبه فانزجر ثم اخذ حل وبه قال الشافعي
واحمد في قول وقال في قول ان كان عدوله لصيد حل وان كان لغير صيد لم يحل لخروجه عن كونه معلما
وقال الماوردي من اصحابه والاصح عندي انه ان خرج وعاد لا عن جهة ارساله الى غيرها لم يوكل
صيده فيها وان خرج في جهة ارساله خلف صيد فعدل الى غيرها فاخذ صيدا احل قال بعض اصحابه
هذا ليس بجيد فان كان عدوله عند ارساله في طلب صيد سنح له فلا فرق بين ان يكون في جهة ارساله

ومن ان يكون في غيرها عند ابتدا ارساله وان كان عدوله لغير صيد يخرج عن كونه معلما لان من
شرط التعلم ان يطلب صيدا اذا ارسله فاذا عاد عن الصيد الى غير صيد دل على عدم تعلمه كذا
في الحليه وقال ملك لا يحل فانه اذا عين وترك المعين صار كترك الارسال وقال ابن ابي ليلى التعيين
ليس بشرط لكن اذا عين اعتبر تعيينه والارسال شرط وقد وجد ولان تعيين الصيد غير مفيد في حقه
اذ الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سوا وكذا في حق الكلب لان قصده الى احد كل صيد
يتمكن من اخذه كذا في المبسوط **قوله** على ما بيناه اي في اول كتاب الذبايح حيث قال وفي
الصيد يشترط التسمية عند الارسال والرمي ولهذا اشترط التسمية عنده اي عند الارسال
تكمن اي توارى واستخفى حتى يستمكن اي يطلب المكنه وفي بعض النسخ حتى يتمكن وكذا الكلب اذا
اعتاد عادته اي عادة الفهد قال الامام السرخسي ناقلا عن شيخه شمس الايمه الحلواني رحمهما
الله انه قال للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه منها انه يكمن للصيد حتى يستمكن وهذا
حيله منه للصيد فينبغي للعاقل ان لا يجاهر الخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصه حتى يحصل
مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها ان لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه وهو يقول هو المحتاج
الي فلا اذل له وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها ان لا يتعلم بالضرب
لكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل ان يتعظ بغيره
كما قيل السعيد من وعظ بغيره ومنها ان لا يتناول الخبث وانما يطلب من صاحبه اللحم
الطيب وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها انه يثب ثلاثا او خمسا فان تمكن
من الصيد اخذ والا ترك ويقول لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي للعاقل كذا في المبسوط
قوله لوقوع الشك في كونه ميتة ام لا لانه مال الغير ولا يثبت الاباحة بدونه اي بدون الارسال
ولا علم فيه خلاف **قوله** فيغلب جهة الحرمة نصا وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال الا
وقد غلب الحرام الحلال **قوله** ولو رده اي الصيد الكلب الثاني عليه اي على الكلب الاول
بان نفر من الكلب الاول فاستقبله كلب اخر غير معلم او كلب مجوسي فرده حتى اخذه الكلب
الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ لا في الجرح ثم قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو
اختيار الامام السرخسي والحلواني وعند الايمه الثلاثه يحل لان كلب المسلم انفرد بجرحه فصار كما لو
رمى المجوسي سهمه فرد الصيد او امسك مجوسي شاة فذبحها المسلم ولهذا لو صاد مسلم بكلب مجوسي
يحل عند اكثر اهل العلم وعن احمد في روايه لا يباح وكرهه جابر والحسن والنخعي والثوري ومجاهد
لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح وهذا لم يعلمه وقلنا يحل كما لو صاد بقوسه او سهمه او ذبح بشفرته
قوله رده المجوسي بنفسه حيث لا يكره وكذا لو رد عليه دابة او طيرا لا يكره لان فعل هولا ليس من
جنس فعل الكلب اما لو رده كلب اخر غير معلم او سبع او ذو مخلب من الطير مما يجوز ان يعلم فيصاد به
فرد الصيد على الكلب او فعل ما يكون معونة للكلب فاخذه الاول لم يوكل لان مشاركة الكلب هكذا
يكون كذا في الايضاح **قوله** اشتد عليه او صاح ليحمي صاح الكلب المجوسي على كلب المسلم حتى ازداد
طلب كلب المسلم فكان تبعا لفعله اي لفعل الاول لانه موكد للاول **قوله** لم يصر تبعا لانه غير
موكد للاول فيضاف القتل اليهما فلا يحل **قوله** فرده مجوسي وفي الطلبه زجر الكلب فانزجر اي
هيجه فهاج **قوله** لما في نسخ الاي وعرف ذلك في اصول الفقه **قوله** لكونه اي لكون الزجر فوقا
عليه اي على الارسال والارسال يشترط دون الزجر ولهذا اشترط التسميه عند الارسال دون
الزجر فكان الاعتبار للارسال **قوله** ولهذا لم يثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة وهو الكراهة

مع ان الحرمة اسرع ثبوتا **فان قيل** يشكل عليه ان المحرم لو زجر كلب حلال يجب عليه الجزا فلو كان
الاعتبار للارسال ينبغي ان لا يجب وكذا اشكل عليه المسلة الثانيه وهي قوله وان لم يرسله احد
فزجره مسلم الى اخره فاعتبر الزجر كالارسال **قلنا** نعم ان له اعتبارا الجزا يجب على المحرم
بما هو اقل من الزجر وهو الدلالة فبالزجر اولى وفي المسلة الثانيه الزجر انما يعتبر مع الارسال
لانه اقوى منه اما اذا لم يعارضه ما هو اقوى منه فله اعتبار مع ان ما ذكر في مسله الانفلات
جواب الاستحسان وفي القياس لا يحل لان الارسال قام مقام الذكاة ولم يوجد حقيقة وحكما
وفي الاستحسان انزجاره عقب الزجر طاعة دلالة فيجب اعتباره ويجعل كالارسال لان ما فيه
ابطال السبب يجعل ارسالا اليه اشار في جامع قاضي خان والمحبوبي ولان فيه ضرورة لان
الصايد كثيرا ما يبتلى بهذا فلو اشتغل باخذه ليرسله يفوته الصيد فاكتفي بالزجر لانفلات خروج
الشي بغتة والمراد ههنا خروج الكلب من يد صاحبه بغتة **قوله** لان الزجر مثل الانفلات من
حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال لانه ان كان دونه اي لان
الزجر ان كان دون الانفلات من وجه من حيث ان الزجر بنا على الانفلات فهو فوقه اي الزجر فوق
الانفلات من وجه اخر وهو انه اي الزجر فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا اي صلح الزجر ناسخا
للانفلات لان الزجر اخر المستويين والنسخ يثبت بمثل بعده كما في نسخ الاي فلذلك زجر المسلم بعد
الانفلات وانما يغلب المحرم على المبيح اذا لم يعرف تاخر المبيح اما اذا علم ان المبيح موخر يجعل
ناسخا للاول لا محالة وبقولنا قال احمد وملك في روايه وقال الشافعي ان وقف بعده واخره
ثم اشلاه فاشتلى واخذ الصيد حل وان لم يقف لكن زاد في عدوه بزجره لم يحل وبه قال ملك لما
ذكرنا من وجه القياس **قوله** ووقذه بالصيد وقذ الصيد اذا اثخنه اي ضعفه ووهنه **قوله**
لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم لانه ليس في وسعه تعليمه على وجه يمتنع عن
الجرح بعد جرح فجعل عفوا وهذا يشمل فصل كلب وكلبين وهذا جواب شبهة ترد فيهما وهي
ان الضربة الثانيه التي قتل الكلب بها انما حصل بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيديه فينبغي ان لا
يحل فاجاب عنه وقال لان الامتناع الى اخره **قوله** لما بينا وهو ان جرح الكلب مما لا يمكن الاحتراز
عنه وصار كانه حصل بفعل واحد
فصل في الرمي
قوله اخر الرمي لما ذكرنا
انه يحصل بالجماد وهو دون الحيوان وفي الحس والحسن الصوت الخفي **قوله** اي صيد كان وانتصاب
اي بانه خبر كان بعد بره بان المسموع حسه اي صيد كان سوا كان ماكول اللحم او غيره كذا في مبسوط
شيخ الاسلام والمحيط وبه قالت الايمه الثلاثه وفي النهايه لا بد ههنا من قيد والا يلزم على اطلاقه
ما لو كان المسموع حس سمكه فظنه طير الما او حس جراد فظنه صيدا ثم اصاب الرمي الصيد لم يحل
المصاب ذكره في المغني فيزيد قيدا عليه بان يقول تبين انه حس صيد يحتاج في اكله الى الذبح او
الجراد كان حلالا وترك المصنف ذلك القيد لتسارع افهام الناس في الاصطياد والى ما يشترط ذبحه
او جرحه الصيود ثم لما ظهر ان المسموع حس سمكه او جراد لا يحل المصاب لانه لا يقع عليهما الذكاة
والرمي فكان الرمي وتركه سوا فلو ترك الرمي ثم وجد صيدا ميتا لا يحل فكذا هذا اليه اشار في الذخيره
قوله وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير حتى لو كان الحس حس خنزير لا يحل المصاب بخلاف
ساير السباع لان فعله في ساير السباع موثر في طهارة الجلد فجاز ان يوثر في اباحة لحم ما اصابه
كذا في الذخيره والمحيط وزفر خص منها ان من جملة المسموع حسه لان الارسال فيما لا يوكل لحمه
لا يتعلق له حكم الاباحة فكان هو والادمي سوا ووجه الظاهر وهو الصحيح ان فعل الانسان في كل

متوحش اصطياد فاما حل التناول فباعتبار صفة في المحل وقد صادف رميه محل الحل فيحل
قوله وما بيناه اشارة الى قوله لان الفعل ليس باصطياد **قوله** والظبي الموثق اي المشدود ذه
يقال وثقه اي شده بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الادمي ولو رمى ... الى اخره في الذخيرة نظيره
ما اذا سمع حسا ظن انه حس صيد فارسل كلبه او بازيه او رماه ولكن لم يسمّ صاحب الحس لا
يحل المصاب لاحتمال ان يكون صاحب الحس ادميا **قوله** يحل في رواية عن ابي يوسف وفي فتاوى
قاضي خان وان رمى اي السمكة والجراد بدون التسمية يحل في رواية عنه وهو الصحيح وفي رواية
ابن رستم عن ابي يوسف لا يحل وبه قالت الائمة الثلاثة لانه لا تقع الذكاة عليهما فالرمي وعدمه
سوا فلا يحل بدون التسمية والرمي ولو رمى الى بعير او بقر او معز اهلي او ادمي فاصاب صيدا
لا رواية في الاصل لهذا ولابي يوسف رحمه الله قولان في قول يحل وفي قول لا يحل وبه قالت الائمة
الثلاثة لعدم قصده الى الارسال الى صيد **قوله** فلو اصاب اي السهم المسموع حسه وقد ظنه
ادميا او بهيمة يحل لانه لا معتبر لظنه وقال ملك واحمد ومحمد في رواية لا يحل وقال الشافعي في
الرمي يحل وفي الكلب وجهان وكذا لو ظنه خنزيرا او كلبا لا يحل المصاب عندهم لظهر انه ما قصد
الاصطياد فلم يحل كما لو رمى هدفا فاصاب صيدا وقلنا رميه حقيقة اصطياد فلم يعتبر بالظن
المخالف لفعله الذي هو اصطياد حقيقة وهذا معنى قوله ولا معتبر لظنه مع تعينه اي تعينه اصطيادا
حقيقة **فان قيل** ما الفرق بين هذه المسلة والتي تقدمت من ظن انه حس ادمي او حيوان
اهلي حيث لا يحل المصاب مع انه لم يقصد رمي الادمي وفي هذه المسلة قصد رميه ورميه ليس باصطياد
لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه ادمي ففي الذي لم يقترن به ظن الادمي اولى **قلنا**
مقتضى القياس ذلك وهكذا ذكر الحرمة في الصورتين في الذخيرة والمغني محالا الى المنتقى فقال في
التعليل في الصورتين لانه رمى وهو لا يريد الصيد فعلى هذه الرواية لا فرق بينهما وعلى رواية هذا
الكتاب والمبسوط وفتاوى قاضي خان فالفرق هو الذي ذكره في الكتاب ان فعله وقع اصطيادا
حقيقة فلم يعتبر الظن المخالف للحقيقة اذ قد وجد القصد حقيقة بخلاف المسلة الاولى فان
سهمه اصاب الى غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله
متوجها الى غير الصيد بالنظر الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن اصطيادا
فلا يحل المصاب كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** على ما بيناه اشارة الى ما قال في فصل الجوارح
بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية وهو قول اكثر اهل العلم فلا نعيده اي الاختلاف وفي الذخيرة
اذا رمى صيدا فاصابه ووقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه ومات لا يحل لانه قادر على ذبحه
بتقديم الاسلام فلم يكتف بالذكاة الاضطرارية وكذا لو وقع عند نايم والنايم بحال لو كان مستيقظا
يقدر على تذكيته فمات لا يحل عند ابي حنيفة فابو حنيفة رحمه الله يجعل النايم كاليقظان في مسايل منها
هذه المسلة التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعيا ومنه تحامل الصيد اي تكلف الطيران من
الحمل يعني حمل الصيد نفسه على تكلف المشي والطيران كذا في المغرب وفي بعض الفوايد قال ذكر
التحامل انه لو غاب وتوارى بدونه فوجده ميتا لا يحل ما لم يعلم جرحه يقينا **قوله** لم يزل في طلبه
حتى اصابه اكل استحسانا والقياس لا يحل وهو قول الشافعي واحمد في رواية وعطا والثوري ومن
اصحاب الشافعي فيه قولان لاحتمال انه كان بسبب اخر ويؤيده قول ابن عباس كل ما اصميت وما انميت
فلا تاكل والانما ان يغيب عنك والمراد بالاصما الموت في الحال قلنا انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحا
على حمار وحش عقير فتبادر اصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسياتي صاحبه فجا رجل فقال

ق
هذه وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر فقسمها بين الرفاق
ولان الاحتراز عنه غير ممكن لان الاصطياد غالبا يكون في المشاجر والبراري فلا بد من التواري فاجتناه
اذا لم يقعد عن طلبه ولو قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يحل وقال الشافعي في قول واحمد في رواية يحل
اذا غاب نهارا لان لموته سببا ظاهرا وهو الجرح فيحال كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى
مات يجعل قاتلا وان احتمل الموت بسبب اخر اذ الموهوم لا يعارض المتحقق وعن ملك ان وجده في
يومه يحل وبعده لا لما روي عن ابن عباس انه قال ان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك او ليلتك
فكل وان غاب عنك ليلة فلا تاكل فانك لا تدري ما حدث فيه بعدك وقال احمد في رواية يحل بعده
ايضا وبه قال بعض اصحاب الظاهر ولما روى عدي انه صلى الله عليه وسلم قال اذا رميت الصيد فوجدته
بعد يوم او يومين ليس به الا اثر سهمك فكل وان وجدته غريقا في الما لا تاكل متفق عليه وعن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله افتني في سهمي فقال صلى الله عليه
وسلم ما رد عليك سهمك فكل قال وان تغيب عني قال وان تغيب عنك ما لم تجد اثرا فيه غير سهمك
وتجده قد صل رواه ابو داود ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم اهدي صيدا فقال المهدي من اين
لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفي
مرزي اي رمحي الصغير فقال لا ادري لعل بعض هوام الارض اعانك على قتله فلا حاجة لي فيه وما روي
عن ابن عباس انه قال كل ما اصميت ودع ما انميت الا ما لا يستطاع الامساع عنه عفو وترك الطلب
مما يستطاع الامتناع عنه عفوا والثابت بالضرورة لا يعدو اموضعها كذا في المبسوط **قوله** لان
الموهوم في هذا جواب عن سوال الشافعي ان الموهوم لا يعارض المتحقق يعني الموهوم في باب الصيد
كالمتحقق في حق الحل والحرمة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتله و **قوله** لما روينا
اشارة الى هذا الحديث الا اسقطنا اعتباره اي اعتبار الموهوم ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى
الاصطياد اي عن التغيب عن بصره خصوصا في الغياض والمشاجر والبراري والطير بعد اصابة السهم
يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان في طلبه لان الطالب كالواجد
ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لانه لو لم يقعد عن طلبه وجده حيا فذكاه فمن هذا الوجه يكون
القعود كالتارك للذكاة الاختيارية ولانه لو قعد يكون التواري بسبب عمله ويمكن الاحتراز
عن ذلك التواري بان يتبع اثره ولا يشتغل بعمل اخر كذا في المبسوط ويحمل حديث علي وحديث عمرو بن
شعيب علي ما اذا لم يقعد عن طلبه بدليل ما روينا من اثر ابن عباس حتى يكون عملا بالدليل بقدر الامكان
وما ذكر ابن حزم ان الذي رويتم مرسل غير مسلم ولين سلم فالمرسل عندنا حجة **قوله** وما روينا وهو
انه صلى الله عليه وسلم كره اكل ما غاب الحديث حجة على ملك وفيه نوع تامل **قوله** ولو وجد
به جراحة اي فيما هو في طلبه عندنا وعند احمد اذا لم يكن في طلبه ايضا لا يحل ولا يعلم فيه خلاف
ولانه اي موته بجراحة سوى جراحة سهمه موهوم يمكن الاحتراز عنه اذ يتصور خروج الاصطياد
عنه فاجتمع فيه موجب الحل وموجب الحرمة فغلب المحرم احتياطا كذا في الايضاح مع ان الموهوم
كالمحقق في هذا الباب لما روينا بخلاف وهم الهوام لان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان
يقع على الارض والارض لا تخلو عن الهوام فسقط اعتبار هذا الموهوم كذا في مبسوط شيخ الاسلام ثم تردى
الى الارض قيد به لانه لو وقع على الجبل او السطح ابتدا واستقر عليه ولم يتردى يحل بلا خلاف وهذا
ايضا اذا تردى ولم يقع الجرح مهلكا في الحال اما لو وقع الجرح مهلكا وبقي فيه من الحياة بقدر ما في المذبوح
ثم تردى يحل ايضا كما يجي **قوله** من علو يروى بكسر الواو وضمها وفتحها وفي بعض النسخ من عل وفيه ثمان

لغات من عل ومن علا ومن علَ ومن عال ومن معال ومن علو بالحركات الثلاث كذا في الصحاح **قوله**
وان وقع على الارض ابتدا يعني رمى صيدا على راس الجبل او على شجره او في الهوى فوقع على الارض ومات
حل وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وقال مالك لا يحل الا ان يكون الجراحه مهلكه او يموت قبل
سقوطه لقوله تعالى والمتردية ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب المحرم كما لو غرق في الما وقلنا انه
صيد مات بالاصابة ولا يمكن الاحتراز عن سقوطه على الارض بخلاف ما لو غرق لانه يمكن الاحتراز
عنه وهو قابل بخلاف الارض فانه غير قابل **قوله** وحمله شمس الايمة اي ما ذكر في المنتقى على ما
اذا اصابه حد الصخره يعني ليس هذا اختلاف الرواية **قوله** ولو وقع عليه اي على ما يصيبه من الارض
وذلك عفو اي كما اذا وقع على الارض ابتدا **قوله** كما اذا وقع في الما يعني طيرا غير المائي اذا وقع
في الما لا يحل لاحتمال الموت بسبب اخر فكذا طير الما اذا انغمست جراحته لا يحل لاحتمال الموت
بالما كذا في المبسوط وبه قالت الايمة الثلاثة اذا كانت جراحه غير مهلكه اما اذا كانت مهلكة
يحل عند الشافعي والمعراض سهم لا ريش له يمشي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده كذا في المغرب
وفيه ايضا البندقة طينة مدورة يرمى بها ويقال لها الجلاهق **قوله** اذا لم يخزق بالزاي يقال
خزق المعراض اي نفذ وبالرا المهمله تصحيف وفي المبسوط بالزاي يستعمل في الحيوان وبالرا المهملة
في الثوب والاصل فيه ما روى عدي قال سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض
فقال ما خزق بالزاي فكل وما قتل بمعراضه فهو وقيذ لا تاكل متفق عليه وهو قول اكثر اهل العلم
وقال الاوزاعي واهل الشام يباح ما قتله بعرضه وحده وقال ابن عمر كلاهما موقوذه وبه قال
الحسن ولا خلاف في ساير الات الجراحه لانها ان قتلت بعرضها ولم يجرح لا يحل وان جرح لا يحل لانها
اذا لم يجرحه فانما يقتل بثقله فاشبه ما اصاب بعرض المعراض والمروه حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح
به والبضع القطع واللام كلمه استثنا يوتى بها فيما اذا كان المستثنى عزيزا نادرا **قوله** وغلظ الدم
اي لسرعة وسعة انهار الدم حقيقة بل في وسعه الجراحه الموجبه للانهار وقد يكون عدم الانهار بسبب
بان اكل ورق العناب حكي عن واحد من الثقات انه ذبح عنزه وكان علفه ورق العناب فلم يخرج منه
الدم كذا في المبسوط **قوله** وان كانت صغيره لا بد من الادما لانها اذا كانت صغيره فعدم الخروج
لضيق لا لعدم الدم بخلاف ما اذا كانت كثيره فلا يكون عدم الخروج لضيق المنفذ بل لعدم الدم وخروج
الدم حال وجود الدم في الحيوان شرط لا حال عدم وجوده قيل لا يحل وهو قول ابي القاسم الصفار
لانعدام معنى الذكاة وهو انهار الدم النجس وقال صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى الاوداج
فكل وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود فعل الذكاة على ما قال صلى الله عليه وسلم الذكاة
ما بين اللبة واللحيين وقد يمتنع خروج الدم لغلظه او لحابس يحبسه كما اذا اكل ورق العناب وذلك
غير موجب للحرمة بالاتفاق كذا في المبسوط **قوله** وهذا اي ما ذكرناه مويد بعض ما ذكرنا اي قول
ابي القاسم الصفار على ما ذكرناه من اشتراط تسييل الدم عنده وفي فتاوى قاضي خان دليل على ان حياة
المذبوح لو كانت متيقنا بها لا يشترط خروج الدم حيث ذكر فيه ولو ذبح شاة او غيرها فتحركت بعد
الذبح وخرج منها دم مسفوح توكل ولو لم يتحرك ولم يخرج منها الدم اكلت لان الحركة وخروج الدم
علامة الحياة وان لم يعلم حياتها عند الذبح لا توكل وان علم حياتها عند الذبح اكل وان لم يخرج الدم ولم
يتحرك **قوله** لما بيناه وهو ان الرمي مع الجرح مبيح ولا توكل العضو لقوله صلى الله عليه وسلم ما
ابين من الحي فهو ميت وهذا اذا ابان شيا يبقى المبان منه حيا بدونه عاده كاليد والرجل والفخذ
وثلثه مما يلي القوائم والاول من نصف راسه ولو قده نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز

اوقطع

اوقطع راسه او نصف راسه او اكثر حل المبان والمبان منه اذ لا يتوهم بقاوه حيا بعد هذا فكان
قتلا وهذا كله عندنا واحمد في روايه عنه وعند الشافعي واحمد في روايه عنه يحل كلاهما في الوجوه
كلها اذا مات الصيد من ذلك القطع لان الفعل وقع ذكاه وظهر اثره في الكل كما في الذكاه الاختيا
رية
اذا ابين راسه لانه ابانه جزء لا يبقى الحياة معه والمراد من الحديث ما ابين لا بسبب الذكاه لاجماعنا
ان المبان بسبب الذكاة كالراس والنصف المساوي او الاكثر حلال ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فانصرف الى الحي حقيقه وحكما ليكون حيا من كل وجه وفي
النوع الاول المبان منه حي حقيقه لوجود الحياه فيه وحكما لانه يتوهم حياته بدون هذه الاعضا
وقد اعتبره الشارع حتى لو وقع في الما وفيه حياه بهذه الصفة يحرم وفي النوع الثاني فالمبان منه حي صوره
لا حكما فانه لا يتوهم بقا الحياه فيه بعد هذا الجرح حتى لو وقع في الما وبه حياه بهذه الصفة او تردى
من جبل او سطح لم يحرم يويد ما ذكرنا انه صلى الله عليه وسلم قال ذلك لتحريم ما كانوا يعتادونه في
الجاهليه فانهم كانوا يعتادون قطع الالية من الشاه وربما يقطعون بعض لحم الجزور فياكلون فحرم النبي
صلى الله عليه وسلم ذلك **قوله** لزوالها اي لزوال التبعيه بالانفصال وهو جواب عن قول الشافعي
قوله بالحديث الذي رويناه وهو قوله احلت لنا ميتتان ولم نجده في المغرب الثخنة الجراحات
ضعفته واوهنته **قوله** لم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله**
وهذا اي قوله لم يوكل وحاصله ان الرجلين اذا رميا معا او بعد الاول قبل الاصابة فصلا فهو
لهما جميعا وحل لان كل واحد رمى الى صيد مباح فيحل واصابه الرميتان فقد استويا في سبب الملك
فيوجب المساواه في الملك وان رماه معا او متعاقبا فاصابه سهم احدهما اولا واثخنه ثم اصابه
السهم الاخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وعند زفر لا يحل والاصل ان المعتبر في الرمي حالة
الارسال عند علماينا الثلاثه وعند زفر حالة الاتصال بالمحل فالسهم اصابه وهو غير ممتنع فصار
كما لو رمى الى شاه فلا يحل وقلنا الاصابة نتيجة الرمي فصار مضافا اليه ولهذا اعتبر التسميه عند
الارسال لا عند الاصابة وقد حصل الارسال منهما والمحل صيد ممتنع فلم يتعلق بالارسال الثاني
خطر الا ان الملك يثبت للاول لان سهمه اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل الثاني به
فالحل يتعلق بالارسال والملك يتعلق بالاتصال ثم ارسال كلبيهما او بازيهما مثله في الحل والملك
وقال الشافعي واحمد ان يمكن من ذبحه بعد الجرح ولم يذبحه حتى مات لم يحل وان لم يتمكن من ذبحه
وجرحه الثاني فعليه قيمته مجروحا واختلف اصحابه فيما يجب ضمانه قال الاصطخري يجب على الثاني
كمال قيمته للاول بعد جراحته وفي الحلية والمذهب انه يجب عليه ما يخص جنايته من قيمته وتقسيط
القيمه على الجانيين وفرض اصحابنا رحمهم الله المسله في جنايتين مضمونتين ليعرف ما يجب على كل واحد منهما
قسطه من الاول فقال صيد مملوك يساوي عشره جرحه رجل فنقص درهم وجرحه اخر فنقص من
قيمته ايضا درهم ومات الصيد من الجنايتين فاختلف اصحابنا على ستة طرق اصحها ان ارش جناية
كل واحد يدخل في جنايته فيضم قيمه الصيد عند جناية الاول الى قيمته عند جناية الثاني فيكون تسعة عشر
تقسم قيمه الصيد وهو عشره على تسعة عشر فما يقابل عشره يجب على الاول وما يقابل تسعة يجب
على الثاني هذا الطريق ابن خيران والثاني وهو قول المزني انه يجب على كل واحد منهما ارش جناية ثم يجب
عليهما قيمته بعد الجنايتين فيجب على كل واحد خمسة والثالث على كل واحد نصف ارش ونصف
قيمته يوم جني عليه فيجب على الاول خمسة ونصف وعلى الثاني خمسة ثم يرجع الاول على الثاني بنصف
درهم والرابع يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال جنايته ونصف ارش جنايته ولا يثبت الرجوع

للاول على الثاني والخامس انه يجب على الاول ارش جنايته ثم يجب بعد ذلك قيمته بينهما نصفين
ولا يجب على الثاني ارش جنايته والسادس وهو قول ابن ابي هريرة ان الارش يدخل في قيمة الصيد
فيجب على الاول نصف قيمته حال جنايته وعلى الثاني نصف قيمته حال جنايته فيذهب نصف
درهم من قيمته الصيد **قوله** فالجواب في حكم الاباحة يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن
ملك نفسه بفعله لنفسه **قوله** لاطلاق ما تلونا وهو قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا والابطال
جمع بطل وهو رجل شجاع ولو نصب احبوله فوقع فيها صيد ومات ان مات بالشبكة والحبل لا يحل
بالاتفاق اكثر اهل العلم الا عند الحسن البصري فانه قال لو سمى على الحبل ودخل فيه وجرحه يحل
وهذا قول شاذ مخالف لعامة اهل العلم اما لو كان فيها الة جارحة مثل المنجل وسمى عليها وجرحه
يحل عندنا واحمد وبه قال الحسن وقتادة وقال الشافعي لا يحل لانه لم يذكه احد وانما قتلته المناجل
بنفسها ولم يوجد من الصايد الا السبب فصار كمن نصب سكينا فذبحت شاة ولانه لو رمى سهما وهو
لا يرى صيدا فقتل صيدا لم يحل فهذا اولى ولنا قوله صلى الله عليه وسلم كل ما ردت عليك يدك
ولانه قتل الصيد بحديدة على الوجه المعتاد فاشبه ما لو رماه بها ولانه قصد قتل الصيد بما له
حد فاشبه قتله بالرمي بخلاف ما لو رمى سهما ولم ير صيدا او نصب سكينا فذلك ليس بمعتاد فالظاهر انه
لا يصيب صيدا فلم يبح وههنا بخلافه فجعل التسبب بمنزلة المباشرة لصحة قصده الى اخذ الصيد
وجرت العادة بذلك ولو تعلق صيد بشرك انسان او شبكته ملكه لثبوت يده على الصيد وكل
من اخذه بعد رده ولو كان مسي او طاف مع الشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها
ولو قدر على الامتناع لم يملكه صاحب الشبكة ولذا لو رمى صيدا فاثخنه ودخل الصيد في دار انسان
فاخذه صاحب الدار لم يملكه لانه ملك الرامي ولا نعلم فيه خلاف ولو ارسل صيده لم يزل عن
ملكه وبه قال الشافعي في وجه واحمد كما لو ارسل بعيره او فرسه وقال الشافعي في وجه يزول ملكه
وبه قال احمد في رواية لان بالارسال يرد الى اهله والاصل الاباحة بخلاف بهيمة الانعام ولو
اصطاد طيورا وجعله في برج وطار منه الى برج غيره لم يزل ملكه عنه وقال ملك ان لم يكن اسر بير
بطول ملكه صار ملكا لمن استقل الى برجه وان عاد الى برج الاول عاد ملكه ولو ارسل بازه فاخذ
صيدا وامسكه بمخلبه ولم يثخنه ومسك بازي الثاني فالصيد لصاحب بازي الثاني وحل لان يده
البازي الاول ليست بيد حافظه لتقام مقام يد المالك اما القتل فهو اتلاف والبازي من اهل الاتلاف
فينتقل الى صاحبه ولو رمى سهما الى صيد ورمى اخر سهما فاصاب السهم الثاني السهم الاول وامضاه
حتى اصاب الصيد وقتله جرحا حل فان كان السهم الاول بحال يعلم انه لا يبلغ الصيد بدون السهم
الثاني فالصيد للثاني لانه الاخذ حتى لو كان الثاني محرما او مجوسيا او مرتدا لا يحل وان كان السهم
وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه سبقه في الاخذ فان
كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل استحسانا خلافا للشافعي واحمد وابي يوسف لانه اوجب زيادة قوة
في الاول فاوجب الحرمة احتياطا ولو رمى مجوسي سهما او ارسل كلبه فهرب الصيد واقبل مسلم فرماه
او ارسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع الكلب كره اكله لان
فعل المجوسي اعانه عليه فيوجب الكراهة اما اذا قتله بعد وقوع سهمه على الارض ورجوع كلبه
لا يكره ولو صاد المجوسي بكلب مسلم لا يحل باجماع العلما اما لو صاد المسلم بكلب المجوسي حل عند
اكثر العلما وكرهه جابر والحسن ومجاهد والنخعي والثوري لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح وهذا لم
يعلمه وللعامة انه الة فلا يكره كالذبح بسكين المجوسي والرمي بقوس المجوسي والاية تدل على اباحة

الصيد بما علمناه وما علمه غيرنا فهو في معناه فيلحق به لانه الة ولو رمى سهما فصرفته الريح يمنة ويسرة
ثم اصاب الصيد لا يحل لانقطاع الرمي فصار قتيل الريح ولو زادت بها قوته وهو على سننه فاصاب صيدا
فقتله حل لانه لا يمكن الاحتراز عنه

كتاب الرهن

ذكر الرهن عقيب الصيد اما لان كل واحد وسيلة الى تحصيل المال الذي يملك واما لان الذي يملك
فيما له بعرضية الحصول ثم من محاسنه النظر للجانبين فمن جانب الراهن هو ان يكون المرتهن يمكن ان يكون
الة الحمام حصوصا اذا وجد رخصة من الشارع بقوله ان لصاحب الحق يدا ولسانا وربما يريده في تشدد
بحيث لا يدع الراهن فالشرع شرع الرهن ليسهل امره ومن جانب المرتهن امن حقه عن التوى والتلف
عند جحد الراهن الدين ولا بينة له او بعدم عليه غرما فيستحقون ماله او يموت مفلسا ولا كفالة له او يظهره
مفلسا ثم الرهن لغة وشرعا ما ذكر في الكتاب والرهن يجي بمعنى المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون
ورهان وقرئ بهما في الاية ورهن ايضا والرهين والرهينة الرهن ايضا والتركيب يدل على الثبات والدوام
وقيل هو معناه لغة يقال ما راهن اي راكد ونعمة راهنة اي ثابتة وسببه مطالبة رب الدين الرهن
وركنه الايجاب فقط عندنا وعند بعض العلما الايجاب والقبول كما يجي **قوله** ورهنه وفي بعض النسخ
بها اي بالقيمة قالت اسما بنت زيد انه عليه الصلاه والسلم توفي ودرعه مرهون عند يهودي بوسق من
شعير قالوا في الحديث دليل جواز الرهن بكل مال متقوم سواء كان معدا للطاعة او لا خلاف ما يقوله
ان ما يكون للطاعة لا يجوز رهنه كالمصحف لانه في صورة حبسه عن الطاعة وقلنا كان درعه معدا للجهاد
وقد رهنه عليه الصلاة والسلم وفيه دليل على جواز الرهن في الحضر والسفر خلافا لما يقوله داود الظاهري
ومجاهد ان الرهن لا يجوز الا في السفر لقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة والتعلق
بالشرط ينفي الوجود عند عدمه وقلنا ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس في المعاملة
فانهم في الغالب يميلون الى الرهن عند تعذر امكان التوثق بالكتاب والشهود والغالب ان ذلك يكون
في السفر وتوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا جوازه في الحضر والسفر فعلم
ان ذلك على سبيل العادة وفيه دليل على انه باس للامام والقاضي ان يباشر البيع والشرا بنفسه في
غير مجلس القضا خلافا لما يقوله الشافعي وفيه دليل على جواز الشرا بالنسيئة ان كان يمكنه الشرا بالنقد
خلافا لما يقوله المتقشفة فانهم قالوا يكره عند القدرة على النقد وقلنا انه عليه الصلاة والسلم قادر على
ان يشتري بالنقد بان يبيع درعه ثم يشتري طعاما كذا في المبسوطين **قوله** قالوا الركن الايجاب بمجرده
اختلف المشايخ في القبول قال بعضهم انه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن فقال في الايمان
الاجارة بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يوجر ولا يرهن بدون القبول
وكذا ذكر في المنتقى وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم وفي الذخيرة
والمغني قال محمد في الكتاب لا يجوز الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز وقال شيخ الاسلام
شرط اللزوم كما في الهبة وبه قال اكثر العلما والاول اصح وقال ملك يلزم الرهن بالايجاب والقبول لما
ذكر في المتن وبه قال احمد في رواية في غير المكيل والموزون **قوله** والمصدر المقرون الى اخره وفي
الكشاف نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فاضربوا وقوله فتحرير رقبة مومنة اي فعليه تحرير رقبة مومنة
وقوله فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة اي فعليه عدة فكان بمعنى الامر يوبده انه معطوف على قوله فاكتبوه
والامر للزوم ولم يعمل بموجبه في نفس الرهن حيث لا يلزم الرهن باجماع العلما فوجب ان يعمل في شرطه
وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاه والسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الا
في نفس البيع فصرف الى شرطه وهو المماثلة وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع

رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتانيث فدل انه جمع وفي الفوائد
الشاهية يجوز ان يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب والعزال ومقبوضة
صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة وانث المرهون بتاويل السلعة والعين كما
يونث الصوت بتاويل الصيحة ويجوز ان يكون الرهان مصدرا بمعنى المرهون وانث المرهون لما ذكرنا ويجوز
ان يكون الرهان مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا مقدرا لا حقيقيا **قوله**
ولا يجبر عليه اي على عقد الرهن كما في الوصية فانه يحتاج فيها الى امضايه وهو ان لا يرجع عنها وههنا امضا
الرهن بالقبض كما في الهبة او اراد به الوصية بالتبرع فصار كالصدقة لما انه عقد تبرع لانه شرع
وثيقة بالدين غير واجبة التحصيل بالاجماع اما البيع فانه عقد معاوضة لا تبرع والكفالة ضم
الذمة الى الذمة في المطالبة او الدين وكلاهما لازم **قوله** يكتفى فيه اي في القبض بالتخلية وهي
رفع الموانع في زمان يمكنه القبض فيه وبه قال الشافعي ومالك وعن ابي يوسف لا يثبت في المنقول الا
بالنقل وبه قال احمد **قوله** موجب للضمان ابتدا اراد بالابتدا الضمان الا يكون مضمونا قبل
العقد والرهن بهذه المثابة كما في الغصب وكما ان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية فكذا الرهن
قوله والاول اصح اي ظاهر الرواية لان حقيقة الاستيفا تثبت بالتخلية فالقبض الموجب لبدل الاستيفا
تثبت بالتخلية **قوله** واذا قبض المرتهن محوزا ويحترز به عن رهن التمر على روس النخل دون النخيل
ومفرغا احترازا عن عكسه ومتميزا احترازا عن رهن المشاع فانها لا تجوز عندنا كما يجي **قوله** اذ المقصود
وهو اضجار الراهن ليتسارع الى قضا الدين وذا لا يحصل الا بثبوت يد المرتهن على الرهن ومنع الرهن
منه لان الرهن لاستيفا الدين حكما والاستيفا حقيقة لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفا حكما **قوله**
وقال الشافعي امانة في يده وبه قال احمد واصحاب الظاهر وقال ملك ان كان تلفه بامر ظاهر كالموت
والحريق فضمانه على الراهن حتى يرجع المرتهن بحقه وان ادعى تلفه بامر خفي كما في الثياب ونحوها لم يقبل
قوله وضمن لانه موضع تهمة فلا يقبل قوله **قوله** قالها ثلاثا انثه بتاويل الكلمات لصاحبه اي
لصاحب الرهن وهو الراهن غنمه اي الزوايد وعليه غرمه اي ضمانه ان هلك قال الشافعي ومعناه
اي معنى قوله لا يغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين بدليل قوله صاحبه غنمه والزوائد للراهن وعليه
غنمه **قوله** وهو اي كونه يعترض الهلاك ضد الصيانة الا ترى ان ما زاد على قدر الدين امانة
في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يجوز ان يثبت حكم الضمان بهذا القبض في البعض دون البعض
ولنا ما ذكرنا في المتن من الحديث ولا يجوز ان يراد بقوله ذهب حقك في الحبس لان هذا مما لا يشكل
فلا يحتاج الى البيان ولانه ذكر الحق منكرا بقوله ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق
فرسه عند المرتهن فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
للمرتهن ذهب حقك معرفا بالاضافة فذكر الحق في اول الحديث منكرا ثم اعاده معرفا فيكون عين
الاول كقوله تعالى انا ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول **قوله** معناه اي معنى قوله
صلى الله عليه وسلم عمي بالرهن اي اذا استبهمت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال الراهن لا ادري
كم كانت قيمته وقال المرتهن كذلك فهو بما فيه كذا في المبسوطين يوضحه قوله تعالى فعميت عليهم الانبا
يومئذ قال ابو جعفر الطحاوي قال عبد الرحمن بن ابي زياد عن ابيه قال ادركت فقهانا الذين ينتهى
الى قولهم مثل سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة
ابن زيد وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم اهل صلاح وفضل فذكر جميع ما جمع من اقاويلهم في
كتابه على هذه الصفة قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ورفع ذلك منهم الثقة الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم فهولا ايمة الدين فاين حكايته حجة لانه فقيه ثقة امام فقولهم
جميعا بذلك اولى ان يكون حجة **قوله** واجماع الصحابة والتابعين الى اخره واختلفوا في كيفية الضمان
قال ابو بكر وعلي مضمون بالقيمة وقال عمر وابن مسعود وابن عمر في رواية عنه هو مضمون باقل من
قيمته ومن الدين قال ابن عباس هو مضمون بالدين وهو قول شريح قلت قيمته او كثرت فهكذا
اختلف التابعون باختلافهم على ذلك اجماع منهم على انه ليس قول رابع الى ان احدث الشافعي قولا
رابعا انه امانة فيكون خرقا للاجماع كذا في المبسوط **قوله** والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا
يغلق الرهن اي لا يحبس الرهن عند المرتهن بل للراهن اخذه بقضا الدين وكان ذلك بعدما في الجاهلية
فانهم اذا استوثقوا اذا لم يود الدين الى مدة كذا يكون الرهن ملكا للمرتهن فابطل رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يغلق الرهن ولم يفهم احد من اهل العربية من قوله لا يغلق ان المراد
نفي الضمان وذكر الكرخي عن السلف مثل طاوس وابرهيم وغيرهما انهم قالوا ان المراد به لا يحبس
الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يصير ملكا للمرتهن فيكون ذلك نفيا لما في الجاهلية
كذا روى الزهري عن سعيد بن المسيب قال الطحاوي روي عن انس بن ملك وطاوس وسفيان
ابن سعيد وابو عبيد مثله فهولا المتقدمون يقولون كما ذكرنا والعجب من الشافعي انه لا يعمل
بالمنقطع وهذا الحديث منقطع لو قال اني اقبل منقطع ابن المسيب مع انه روى عن ابن المسيب انه
قال كذلك قلنا انه وقع له ان منقطع سعيد يقبل دون غيره وقوله تتبعت مراسيل ابن المسيب فوجدتها
مسانيد لا يكون حجة على الغير ولو قال حديثكم منقطع ايضا قلنا فلو كان المنقطع حجة لك علينا
فالمنقطع حجة لنا عليك وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من جهة اخرى ما يوافق
بقولنا فلو صح الحديث فمعنى قوله لصاحبه غنمه وعليه غرمه يحتمل ان المراد من الصاحب المرتهن
لان الرهن في يده حقيقة والراهن صاحب الدين لوجود الدين في ذمته وغنم الرهن للمرتهن فان
به يحيى حقه وعليه غرمه فاذا هلك يذهب دينه فعلى هذا حجة على الشافعي وليس كان محتملا فالمحتمل
لا يكون حجة وذكر ابن قدامة في المغني وابن حزم في المحلى ان حديث ابي حنيفة مرسل وهو ليس بحجة
اجيب عن هذا ان المرسل عندنا كالمسند بل اقوى كما ذكر في الاصول خصوصا اذا كان مويدا
باجماع الصحابة والتابعين مع ان حديثكم ايضا مرسل فكيف يكون ذلك حجة دون حديثنا **قوله**
في الحبس الدائم قال تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة وقال فايلهم وهو زهير
فارقتك برهن لا فكاك له **تامه** يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا • اي ارهنت قلبه فذهبت
واحتبست قلبت المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه يوم الوداع والاحكام الشرعية تنعطف اي
تبتني وتنسحب على الالفاظ اللغوية اي الاصل ورود الشرع على مطابقة الحقيقة اللغوية فدل ان
الرهن يوجب الحبس بالدين دايما وذا انما يكون بملك الحبس واليد وذا لا يكون الا بالضمان وهذا
كالكفالة والحوالة فانهما للضم والنقل لغة ولضم الذمة في المطالبة او في الدين ونقل الدين من ذمة
الى ذمة شرعه فيطابق الشرعي اللغوي **قوله** ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفا حتى اختص بما يمكن
استيفا الدين منه وهو المال المتقوم واختص بحق يمكن استيفاوه من الرهن وهو الدين حتى لا يصح
الرهن بالاعيان ولا بالعقوبات كالقصاص والحدود وكان لصاحب الحق قبله حقان وجوب الدين
وهو يختص بالذمم واستيفاوه وهو يختص بالاموال وعقد الرهن يختص بالمال دون الذمة فعلم
انه وثيقة لجانب الاستيفا والوثيقة بالشي انما يكون بزيادة من جنسه فعلم ان حكم الرهن ثبوت
ملك اليد او الحبس وكونه مضمونا على القابض بما استوفى به كما في حقيقة الاستيفا فان المستوفي

يكون مضمونا على المستوفي وله على الموفي مثل ذلك فصار قصاصا به فكذا اذا قبضه رهنا وصار
مضمونا عليه بهذه اليد فاذا هلك وجب على المرتهن للراهن مثل ما كان للمرتهن على الراهن فصار
قصاصا وفي المقاصة آخر الدينين يكون قضاء لاولهما فيكون المرتهن مستوفيا حقه ولهذا انثبت
الضمان بقدر حقه لان الاستيفا يتحقق وكان الراهن جعل قدر الدين في وعا وسلمه الى رب الدين
ليستوفي حقه منه فعند هلاكه في يده تم استيفاوه في مقدار حقه ولهذا كان الفضل امانة كما لو جعل
الراهن خمسة عشر في كيس ودفعه الى رب الدين ليستوفي دينه عشرة منه فيكون امينا في الزيادة وكون العين
امانة في يده لان الاستيفا يحصل بالمالية اذ الاستيفا بالعين يكون استبدالا والمرهون عنده مستوف لا
مستبدل وقال زفر بطريق البراءة في رواية وبطريق الاستبدال في رواية وقلنا الاستيفا يقع بجنس
الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو امينا في حق العين كالكيس في
حقيقة الاستيفا حتى كان نفقة الرهن على الراهن الى آخر ما ذكر في المتن وهذا في الحقيقة جواب
عما تعلق الشافعي به فقال كيف يكون الرهن وثيقة لجانب الاستيفا وكيف يتحقق الاستيفا بالهلاك مع
ان العين امانة في يده حتى لا يضمن الزايد من الدين عندكم وبالامانة لا يتحقق الاستيفا وعما تعلق بان المستحق
لو استحق الرهن يرجع المرتهن بالضمان والدين جميعا على الراهن فلو كان قبضه قبض ضمان لما رجع بالضمان
عند الاستحقاق كالغاصب وعما تعلق ان المرتهن لو اشترى المرهون لا يصير قابضا بنفس الشرا ولو كان
مضمونا عليه بالقبض لناب قبضه عن الشرا كقبض الغاصب وعما تعلق ان المرهون بالرهن الفاسد لا
يكون مضمونا والفاسد معتبر بالجايز وعما تعلق بان نفقة الرهن على الراهن فصار كالوديعة وكيف يستقيم
قولكم من ضرورة ثبوت حق الحبس الضمان فان المستاجر بعد فسخ الاجارة محبوس عند المستاجر بالاجرة المعجلة
بمنزلة المرهون حتى اذا مات الآجر كان المستاجر احق به من سائر غرمائه ثم هو لم يكن هو مضمونا اذا هلك
وكذا زوايد الرهن عندكم امانة ومع ذلك لها حكم الضمان علم ان معنى الامانة لا ينافي حكم الرهن فاجاب
عن هذا كله والاستيفا يقع بالمالية كما ذكرنا اما العين امانة كما قررناه واما رجوع المرتهن بالدين
والضمان عند الاستحقاق فباعتبار الغرور فالراهن هو المنتفع بقبض المرتهن حيث صار موفيا عند
الهلاك فيصير المرتهن مغرورا من جهته من هذا الوجه والمغرور يرجع على الغار بما ضمن وبالاستحقاق
نعلم انه لم يكن رهنا فيرجع بدينه وفي رهن الفاسد غير مضمون غير مسلم فان عندنا مضمون مع انا
لا نسلم ثبوت يد الاستيفا في الرهن الفاسد وفي مسئلة الاجارة يد المستاجر بعد فسخ الاجارة
ليست يد الاستيفا لانها هي اليد التي كانت قبل الفسخ وانما قبض المستاجر لاستيفا المنفعة لا لاستيفا
الاجرة من المالية فلم يصر مستوفيا بهلاكه واما اختصاصه به دون سائر غرمائه لانه كان مخصوصا به
قبل الفسخ لاستيفا المنفعة وبعد الفسخ بقي الاختصاص في حق استرداد الاجرة اما زوايد الرهن
كالولد وكان اليد في الزوايد ثبتت بحكم السراية من الاصل لا بالعقد ومتى ثبت حكم بطريق السراية
لا يثبت فيها ضمان العقد وان كان يثبت فيها حكم العقد كولد المبيعة قبل القبض سرى اليه حكم العقد
وهو الملك ولا يثبت ضمان العقد فيه حتى لو هلك في يد البايع لا يسقط بازائه شي من الثمن **قوله**
ولا وجه الى استيفا الباقي بدونه اي لا وجه لاستيفا ملك الرقبة بدون استيفا ملك اليد لمكان
الاستحالة **قوله** موجب العقد وجوب يد الاستيفا وهذا ايضا جواب عن قول الشافعي ان
القول بكون الرهن وثيقة كانت الاستيفا تضاد الغرض في الرهن وهو الصيانة قلنا معنى الصيانة
يتحقق فيما قلنا لان الاستيفا ليس بانتوا الحق بل فيه يتحقق معنى الصيانة ومن ضرورته فراغ ذمة
الراهن عند الهلاك وبذلك لا يخرج من كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب

الدين

الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا ينعدم
معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفا
عند الهلاك وذا يوجد في الصك والشهود **فان قيل** لو كانت هذه يد استيفا لاوجب الملك
في المستوفي **قلنا** لم نقل انه يد استيفا بل يد وثيقة للاستيفا والاستيفا حقيقة تثبت الملك وهو
متاخر بالهلاك الى الكل اشار في المبسوطين **قوله** وسيأتيك البواقي في اثنا المسايل من البواقي
رهن المشاع فانه لا يصح عندنا لان قبضه على الدوام لا يوجد فيه اذ في المهاياة سوف حبسه يوم
قبض الراهن وعنده يصلح لما ان حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع غير مانع لجواز البيع بالاتفاق
فكذا الجواز الرهن **قوله** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وفي شرح الاقطع هذا والا
فجميع الديون مضمون قيل هو احتراز عن ضمان الدرك لان الرهن بضمان الدرك باطل لان ضمان الدرك
ليس بمال مستحق يمكن استيفا من الرهن فلو هلك في يد المرتهن لم يضمن لان ضمان الرهن ضمان استيفا
والاستيفا لا يسبق الوجوب كذا في المبسوط وما قيل انه احتراز عن بدل الكتابة غير صحيح لانه ذكر
في فتاوى قاضي خان وغيره ان المولى لو اخذ رهنا ببدل الكتابة جاز ولا يجوز اخذ الكفيل ببدل
الكتابة وعند الايمة الثلاثة لا يجوز اخذ الرهن ببدل الكتابة بعد لزومه **قوله** والاستيفا يتلو
الوجوب فلا بد من وجوب سابق ليكون الاستيفا مبنيا عليه ولا يلزم الرهن بدين موعود فانه
عندنا كما يجي وقد حصل رهن قبل وجود الدين لانا جعلنا قرضا سابقا على عقد الرهن تصحيحا
لو عدم وكان الدين كالثابت تقديرا **قوله** وقد يدخل اي يشكل ويلزم على هذا اللفظ وهو
قوله الا بدين مضمون الاعيان المضمونة بنفسها اي بالقيمة كالمغصوب والمقبوض على سوم الشرا
والمقبوض في البيع الفاسد فانه يجوز الرهن بها عندنا خلافا للشافعي واحمد لما ان غرض الرهن
بيع المرهون واستيفا الحق من قيمته عند الحاجة ويستحيل استيفا الاعيان من ثمن المرهون وعن
ملك ان الرهن بالاعيان المضمونة يجوز وهو وجه لاصحاب الشافعي لانه يمكن ان يستوفي ضمانه من ثمن
الرهن ولهذا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة اما الرهن بعين غير مضمونة مثل الامانات لا يجوز
بالاجماع وبالاعيان المضمونة بغيرها يجوز عند ملك وعندنا يجوز بالعين المضمونة بغيرها كالمبيع في يد
البايع فانه مضمون بالثمن ذكره في المبسوط ويجي بعد **قوله** ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي
الى آخره جواب عما يشكل على هذا اللفظ فيها اي في الاعيان المضمونة بنفسها هو القيمة ان لم يكن لها
مثل والقيمة او المثل دين فيمكن استيفاوه من مال الرهن ولهذا تصح الكفالة بها اي بالاعيان
المضمونة بنفسها وان لم يهلك لما انه انعقد سبب وجوب القيمة وصحة الكفالة دليل على ان
الموجب الاصلي في العين المغصوبة وهو القيمة لانه لو لم يكن لما صحت الكفالة لان الكفالة ضم الذمة
الى الذمة في المطالبة او الدين في الانتها ولهذا يصح رجوع الكفيل على الاصيل فلو لم يكن في الانتها
الذمة في الدين لكان تمليك الدين من غير من عليه الدين و **قوله** ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة
موكد لقوله ان الموجب الاصلي القيمة فان الحوالة المقيدة بعين على نوعين مقيدة بعين وديعة والثاني
بعين مغصوبة وفي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها وعاد الدين الى المحيل لان الوديعة هلكت لا الى
خلف ففات العين صورة ومعنى فتبطل الحوالة وفي العين المغصوبة لا تبطل الحوالة لان المغصوب
هلك الى خلف وهو الضمان والضمان يقوم مقام المضمون فكان المغصوب قايما معنى فلا تبطل
الحوالة كذا في الذخيرة **قوله** وهو اي الرهن مضمون بالاقل من قيمته هكذا وقع في بعض نسخ
القدوري والصحيح بالاقل بالالف واللام واعتبر هذا بقول الرجل مررت بالاعلم من زيد وعمرو

يكون الاعلم غيرهما ولو قال بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما وكلمة من للتمييز كذا
في البدرية **قوله** اي لم يوجد على فانه قال تراد ان الفضل في الرهن والتراد ما يكون من
الجانبين فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن كما يرد الراهن فضل الدين **قوله** كما في حقيقة الاستيفا
فانه اذا استوفاه العين في كيس وحقه الف يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة
في يده فكذلك الرهن **قوله** والزيادة مرهونة الى اخره جواب عن قول زفر يعني لو لم يجعلها
مرهونة يودي الى الشيوع او لانه لا يمكنه حبس قدر الدين الا بحبس الباقي كما اذا رهن عبدا قيمته
ازيد من الدين حتى لا تتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل حتى لو تميز الزيادة من قدر الدين لا يثبت
له حبس الزيادة بان رهن عبدا قيمته الف ادرهم فاخذ المرتهن الالفين من العاقد واراد حبس الكل
ليس له ذلك لانه امكنه حبس قدر الدين بدون الزيادة بخلاف ما نحن فيه وفي مبسوط شيخ الاسلام
وهذا الدليل هو الاصح **قوله** ولا ضرورة في حق الضمان لصحة الرهن مع عدم الضمان كما اذا
استعار الراهن الرهن من المرتهن فالرهن باق والضمان من المرتهن ساقط على ما يجي **قوله** حالة
البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه ولو كان الدين
زايدا على الثمن يرد الراهن زيادة الدين وانما حملناه على حالة البيع قياسا فانه روى
عنه انه قال المرتهن امين في الفضل رواه محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنهما **قوله** فيما تقدم اي
في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي زيادة ضرر لم يلتزمه فان العين امانة في يده ولكن للراهن ان يحلفه
بالله ما هلك **قوله** جاز لاطلاق الامر حتى لو قيده بالنقد لا يجوز بيعه نسيئة قال ابو علي النسفي
اذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بان قال ان المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتى اجو
منه فباع نسيئة لا يجوز كما لو قال لغيره بع عبدي فاني محتاج الى النفقة ولو كان المرتهن هو العدل
فقال له الراهن بعه واستوف دينك من ثمنه فباع بالنسيئة يجوز كيف ما باع كذا في الذخيرة **قوله**
لانه لا قدرة له اي للمرتهن على الاحضار لانه باعه باذن الراهن وصار الدين رهنا فلا يجب عليه
التسليم الى ان يقبضه من مشتري الرهن كذا في زيادات العتابي **قوله** فصار كان الراهن رهنه
وهو دين **فان قيل** لو وهب الدين اشد الايصح الا في وجه للشافعي لانه لا يكون محلا
للراهن **قلنا** نعم ولكن بقي حكم الرهن في الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا
كذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا وانما صير كان الراهن رهنه وهو دين كانه لما
باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن فيه وصار الثمن رهنا بتراضيهما اشد الا انطريق انتقال
حكم الرهن الى الثمن ولهذا لو باعه باقل من الدين لا يسقط شي من دينه فصار كانه رهنه ولم يسلم
بل وضعه على يدي عدل كذا في زيادات قاضي خان **قوله** الا ان الذي الى اخره استثنا من قوله
فصار كان الراهن رهنه وهو دين على تقدير جواب سوال مقدر وهو ان يقال لما صار كذلك
ينبغي ان لا يكون للمرتهن ولاية قبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد العدل فقال ولايته
لقبضه باعتبار انه عاقد **قوله** لا استيفا نجم قد حل بان كان الدين منجما فادى نجما واحدا لانه
لا ضرر له في الاحضار وفيه فراغ قلب الراهن عند توهم الهلاك ولكن لا يسلم الى ان يقبض جميع الدين
باجماع العلما وفي الزيادات وشرح الجامع والمحيط لا يجبر على احضاره لعدم فايدة الاحضار في
القياس وفي الاستحسان يجبر باحضاره اذا كان في المصر الذي رهنه لفراغ قلب الراهن عن توهم
الهلاك وهذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن اما اذا لم يدع لا فايدة في الاحضار **قوله** يومر
اي المرتهن باحضاره اي باحضار الثمن لقيامه اي لقيام العين اي الرهن **قوله** وهذا اشارة

الى قوله يكلف لاستيفا نجم قد حل بخلاف مسئلة العدل حيث لا يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل
نجم يوديه وما صارت اي عين العبد قيمة او قيمة العبد قيمة بفعله اي بفعل الراهن بل بفعل الاجنبي
وفيما تقدم وهو بيع العدل او المرتهن انما صارت دينا بفعل الراهن لانه بتسليط من جهته **قوله**
بفعل اي اودعه وفي الايضاح وكذا اذا لم يودعه وكان في يد العدل لا يومر المرتهن باحضار
الرهن وامر الراهن بتسليم الدين لانه لم يرض بيد المرتهن ولا يلزمه احضار ما ليس في يده الا ترى ان
المرتهن لو اخذه من يد العدل كان غاصبا ضامنا فكيف يلزمه احضار شي لو اخذه يصير عاصيا **قوله**
لما قلنا وهو ان المرتهن لم يقبض شيا **قوله** حتى يقضيه الدين اي من ثمنه وقد صرح في المراد فقال
حتى يقضيه الدين من ثمنه لان في هذا تقصير الاستيفا وربما لا يصل اليه دينه من ثمنه **قوله**
فلو هلك اي الرهن بعد قضا الدين قبل تسليمه الى الراهن الى قوله فيجب رده لما ذكرنا عن الربا
بخلاف ما لو وهب الدين او ابرا الراهن من الدين ثم هلك الرهن قبل التسليم حيث لا يسترد الراهن
لما ان الرهن عنده استيفا في حق ملك اليد والحبس ويتقرر ذلك من وقت وجود القبض فاذا
هلك بعد قضا الدين تقرر الاستيفا من وقت وجود القبض ظهر ان القضا حصل بعد الاستيفا
مرة فيسترده لما ذكرنا عن الربا اما الابرا والهبة تقتصر على الحال وتعدم الدين فلا يظهر ان
الهلاك كان استيفا قبل القضا فلا يظهر بطلان استيفايه ولان مقصود الراهن عند تسليم الرهن
اليه ان يبرا منه عند هلاك الرهن من غير ان يلزمه شي اخر وقد حصل له هذا المقصود بالابرا
قبل هلاك الرهن فلا يستوجب عند هلاك الرهن شيا اخر كمن عجل الدين المؤجل ثم حل الاجل ومن
عجل الزكاة قبل الحول ثم تم الحول لا يلزمه شي آخر لهذا المعنى بخلاف ما لو استوفى الدين فهناك لم
يحصل مقصوده لان ذمته انما برئت بما ادى من المال كذا في المبسوط والذخيرة وعند الشافعي
واحمد امانة في يده في كل الصور **قوله** او تبريه وذلك لان الرهن لا ينفسخ مقصودا بالمناقضة
بالقول حتى لا يكون للراهن حق الاخذ بغير رضا المرتهن بعد المناقضة وصار وجود هذه المناقضة
وعدمها بمنزلة فبقي مضمونا ما بقي القبض ولو رده على وجه الفسخ قيد به لان الرد على وجه العارية
لا يبطل عقد الرهن **قوله** لانه اي الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع الى اخره ولا نعلم فيه خلافا وفي بعض
النسخ وليس له ان يبيع الرهن لا يقتضي البيع فلا يثبت بدون الوكالة كذا في الكافي اما جواز الانتفاع
للمرتهن باذن الراهن بلا خلاف وكذا البيع ولو انتفع باذن الراهن وهلك الرهن حالة استعماله
يهلك امانة بلا خلاف اما لو هلك قبل الاستعمال او بعده يهلك بالدين عندنا ذكره في الفصول
وفي المبسوط ولو كان الرهن امة لا يحل وطيها لان امر الفرج اشد حرمة ومع هذا لو وطيها المرتهن
على ظن انها تحل لا يجب الحد قال اكثر اهل العلم الا مالك فانه يقول يجب الحد عليه وان ظن حلها وقلنا
ثبوت ملك اليد عليها له بعقد الرهن وذلك مسقط للحد وهل يجب العقر عندنا يجب وعند احمد
ان وطيها باذن الراهن لا يجب والا يجب وعن الشافعية كالمذهب ولو استعار امة ليرهنها فوطيها
الراهن على ظن انها تحل له يسقط الحد عندنا لان حقه فيها نظير حق المرتهن اما ليس للراهن وطي
الامة المرهونة عند اكثر اهل العلم وعن بعض اصحاب الشافعي له وطي الايسة والصغيرة لعدم
ضرر المرتهن فيه ومعناه ان يكون الولد في عياله ايضا وفي الذخيرة ذكر محمد رحمه الله من جملة
من في عياله زوجته وولده واجيره الخاص الذي استاجره بمشاهرة او مسانهة ثم ذكر والحاصل
ان العبرة في هذا الباب بالمساكنة ولا عبرة للنفقة وقد بيناه في الوديعة **قوله** والاصل ان ما
يحتاج اليه لمصلحة الرهن ونفسه اي الرهن يعني كل ما يرجع الى البقا فهو على الراهن ولا خلاف فيه

للعلماء حتى لو ابى الراهن ان ينفق يجبره القاضي او يأمر المرتهن ان ينفق عليه ويكون دينا على الراهن فاذا قضى الراهن الدين فللمرتهن ان يحبسه بالنفقة فاذا هلك بعد ذلك لا شيء للراهن عند زفر وقال ابو يوسف لو هلك في يد المرتهن فالنفقة دين على الراهن لعدم الرهن في حق النفقة كذا في الذخيره وبه قالت الايمة الثلاثه **قوله** فكل ما كان لحفظه اي لحفظ الرهن لرده الى يد المرتهن مثل جعل الآبق او رد جزء منه كمداواة الجراح وفي شرح الطحاوي ولهذا لو شرط الراهن شيا للمرتهن على الحفظ لا يصح بخلاف المودع اذا شرط شيا للمودع على الحفظ يصح **قوله** وبعض هذا القسم اي من القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن وعند الايمة الثلاثه الكل على الراهن لان الملك له فيما يجب من شان الملك على المالك ولقوله عليه الصلوة والسلم لصاحبه غنمه وعليه غرمه والجعل والمداواة يقسم على المضمونة والامانه كما ذكر في المتن عندهما **قوله** لتعلقه اي لتعلق العشر بالعين فيكون مقدما على حق المرتهن لان حق المرتهن متعلق بالرهن من حيث الماليه لا من حيث العين والعين يتقدم على الماليه فكذا ما يتعلق به صوره المسله ان يرهن ارضا فيها نخل وشجر وزرع والرهن ذلك معها وهي من ارض العشر فاخذ السلطان العشر من الريع فان ذلك لا يسقط شيا من الدين لان الراهن بقدر العشر من الغلة قضى حقا واجبا عليه فلا يسقط الدين اذ لو سقط ادى الى ان يصير قابضا بمال واحد حقين الدين والعشر وقصد الاجور ولا يبطل الرهن هذا لنفي شبهه يرد على قوله لتعلقه العشر بالعين يعني لما كان متعلقا بالعين يصير كما لو استحق بعض العين فقال وجوب العشر لا ينافي ملكه لما ذكرنا ان الراهن بقدر العشر قضى حقا واجبا بقدر العشر ملكه ولهذا لو ادى العشر من موضع اخر او باعه جاز فاذا اخذه السلطان والباقي مقسوم فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا طاريا ولا مقارنا فلا يبطل الرهن اما في الاستحقاق يتبين ان قدر المستحق لم يصح الرهن في حقه لانه ملك الغير وانما صح فيما وراه وما وراه مشاع ورهن المشاع باطل كذا في المبسوطين والخارج من ارض الرهن له حكم الرهن كولد المرهونة **قوله** وما اداه احدهما اي من الراهن والمرتهن مما وجب على صاحبه بغير اذنه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره **قوله** بامر القاضي رجع عليه وفي الذخيره لا يكفي مجرد الامر بالانفاق ولا بد من ان يجعله دينا على الراهن والنص هذا لان الامر يتردد بين الامر بالانفاق حسبة وبين الانفاق ليكون دينا عليه فعند الاطلاق لا يثبت الا ادناهما فلا يثبت دينا الا بالتنصيص عليه وعليه اكثر مشايخنا كما مر في اللقطه وهذا خلاف صاحب العلو اذا بنى السفل بدون امر القاضي فانه يرجع على صاحب السفل لانه مضطر في بناء علوه سواء كان صاحب السفل حاضرا او غايبا لانه لو رفع الى القاضي لا يجبره على البنا حالة الحضور واما هاهنا يجبر الراهن والمرتهن فاذا كان احدهما غايبا يامر القاضي بالانفاق للحاجه اذا كان فيه مصلحه فلا يكون مضطرا فاذا كان بامر القاضي يرجع وبغيره لا كذا في مبسوط شيخ الاسلام وهي فرع مسلة الحجر وابو حنيفه رحمه الله لا يرى حجر القاضي على الحر فلا يكون نافذا عليه حال غيبته وحضوره وعندهما للقاضي ولاية حجره حال غيبته وحضوره فينفذ عليه امر القاضي حال غيبته وحضوره

باب ما يجوز الارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات الرهن شرع في تفصيل ما يجوز رهنه وما لا يجوز **قوله** ولا يجوز رهن المشاع سواء كان مما يحتمل القسمه او لا يحتمل وسوا رهن من اجنبي او شريكه ثم ذكر عدم جواز رهن المشاع ولم يتعرض انه باطل او فاسد وفي المغني والذخيره اشارة الى انه فاسد لا باطل حيث قال فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون في الصحيح وفي الرهن الباطل لا لان الباطل لا ينعقد اصلا وكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد فكان كالبيع

الفاسد وشرط انعقاد الرهن ان يكون مالا والمقابل به مالا مضمونا فاذا وجد شرايط الجواز ينعقد صحيحا واذا فقد شرط من شرايط جوازه ينعقد فاسدا وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا **قوله** وقال الشافعي يجوز وبه قال مالك واحمد وابو ثور والاوزاعي وابن ابي ليلى والبتي **قوله** وهذا اي ثبوت يد الاستيفا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع لان اليد حقيقة تثبت على المعين لا على المشاع **فان قيل** كيف يستقيم قصدا والشيوع لا يمنع الاستيفا حقيقة فان من كان له على غيره عشره فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون استوفى حقه منه يصير مستوفيا حقه من النصف شيا شايعا فاذا لم يمنع حقيقة الاستيفا فلا يمنع ثبوت الاستيفا **قلنا** موجب حقيقة الاستيفا ملك عين المستوفى واليد تنبني على الملك ويمكن اثبات الملك في الشايع اما موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا فقط وذا لا يتحقق في الشايع **قوله** وعنده اي عند الشافعي يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع وكل محل يقبل البيع يجوز رهنه عنده لامكان بيعه والاستيفا من الثمن **قوله** بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضه فهذا يقتضي ان لا يكون مرهونا الا في حال يكون مقبوضا اما عند الشافعي استدامة القبض ليس بشرط وان كان شرطا في الابتدا كما في الهبة وعند احمد استدامة القبض شرط ولكن يصح عنده رهن المشاع وقلنا القبض في الهبة لثبوت الملك فان اثبت الملك استغنى عنه اما في الرهن للوثيقه ليتمكن من استيفا حقه فاذا لم يكن في يده لم يتمكن من استيفايه **قوله** من الوجه الذي بيناه وهو قوله ليكون عاجزا عن الانتفاع به فيسارع الى قضا الدين لحاجته او لضجره **قوله** وكل ذلك اي من يد الاستيفا والحبس الدايم والاستيفا يتعلق بالدوام اي دوام اليد ولا يفضي الى دوام الحبس الا استحقاق الحبس ونعني به استحقاق دوام اليد لا وجود يد المرتهن حسا وبالاعاره من الراهن او الغصب لا يفوت الاستحقاق فلا يبطل به الرهن ولو جوزناه اي الرهن في المشاع يفوت استحقاق دوام اليد لانه يحتاج الى المهايأة مع المالك في الامساك فينتفع المالك يوما بحكم الملك ويحفظ المرتهن يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قولك رهنتك يوما ويوما لا ولانه لا يجوز لفوات استحقاق اليد في نوبة الراهن فقد اقترن بالعقد ما يمنع موجبه فلا يصح العقد ولهذا سوينا في الرهن بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل بخلاف الهبة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهي فيما ينقسم لا فيما لا ينقسم **قوله** والمشاع يقبله اي الملك والقبض شرط تمام ذلك العقد فيراعي وجوده في كل محل بحسب الامكان ولهذا لا يجوز رهن المشاع من الشريك ايضا لان موجب العقد لا يتحقق في المشاع سواء كان مع الشريك او غيره كذا في المبسوط **قوله** والشيوع الطاري وفي الذخيره صورته ان يرهن جميع العين ثم يتفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن كالمقارن في رواية الاصل وهو الصحيح حتى قالوا في العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شا فباع نصفه بطل الرهن في الباقي **قوله** اسهل من حكم الابتدا وفي بعض النسخ فاشبه الهبة يعني شيوع الطاري لا يمنع بقا الهبة لان البقا اسهل من الابتدا وكذا هذا الا ترى ان صيرورة المرهون دينا في ذمة غير المرتهن يمنع ابتدا الرهن ولا يمنع بقاه حتى لو اتلف المرهون شخص او بيع المرهون يكون القيمة والثمن رهنا في ذمة من عليه وابتدا عقد الرهن مضافا الى الدين في الذمة لا يجوز الا ترى ان معتدة الغير لا يكون محلا للنكاح ابتدا ويبقى النكاح في حقها بان وطئت منكوحة الغير بشبهه فالنكاح فيها باق لعدم المحليه اي محلية الاستيفا وما يرجع اليه اي الى المحل فالابتدا والبقا فيه سوا كالمحرمية في باب النكاح **فان قيل** لو زوج

الاب ابنه من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب ولو تزوجت مكاتبها ابتدا لا يجوز **قلنا** لان المكاتب
لا يملك بسبب من اسباب الملك فكذا بالوراثه وفيما اذا تزوجت مكاتبها ابتدا انما لا يجوز لان الملك
ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه لا يجوز **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله غير ممكنة
القسمة وهي فيما يقسم **قوله** ولا حاجة اي اعتبار القبض في البقا لما مر انه شرط تمام العقد
قوله فكان في المعنى الشايع لانه لا يمكنه حبسه الا بغيره وكان متصلا به خلقة فكان رهنه
كرهن المشاع **قوله** فصار الاصل عندنا ان المرهون اذا كان متصلا بغيره يكون كالمشاع وعند الا
الثلاثه يجوز الرهن في هذه المسايل فان الاصل عندهم ان ما يجوز بيعه يجوز رهنه **قوله** وعن ابي
حنيفه رحمه الله وهو روايه الحسن عنه لان اسم الشجر يقع على النابت على الارض ولهذا يسمى بعد
القطع جذعا لا شجرا فكانه استثنى الاشجار بمواضعها من الارض فكان عقد الرهن متناولا لما
سوى ذلك من الموضع من الارض وهو معنى معلوم غير مشاع بخلاف البنا لان البنا اسم للمبنى دون
ارضه فصار راهنا جميع الارض وهي مشغوله بملك الغير **قوله** بمجاوره لان مواضع النخل
بقعه معينه ومجاورته لغيره لا يمنع صحة الرهن لانه لم تكن في معنى المشاع **قوله** تصحيحا للعقد اذ
لو لم يدخل الثمر في الرهن كان في معنى رهن المشاع لاتصاله خلقة مع ان الثمن لو دخل في الرهن
لا يكون على الراهن ضرر لان ملكه لا يزول بخلاف البيع حيث لا يدخل الثمار تبعا للنخيل الا بالذكر لان
تصحيح البيع في النخيل بدون الثمار ممكن لان الشيوع لا يمنع صحة البيع وفي ادخال الثمار تبعا ضرر بالمالك
بازالة ملكه عنها فلا يدخل بغير تسميه كذا في المبسوط **قوله** بخلاف المتاع في الدار يعني لو رهن
الدار وفيها متاع الراهن من الثياب والحبوب وغير ذلك مما يقع به قليلا كان او كثيرا لا يتم الرهن لان
الدار مشغولة بما فيها فيمنع من التسليم فلا يدخل المتاع في الرهن تبعا كما في الثمار لان اتصال الثمار خلقة
وان كان غير لازم لانها للقطع اما الامتعه متصله بالدار خلقه ولا تابعة لها بوجه ولهذا لو باع
الدار يذكر حقوقها ومرافقها لا يدخل الامتعه **قوله** لما ذكرنا اي في الثمرة **قوله** ويدخل البنا
والغرس يعني لو قال رهنتك هذه الدار وهذه الارض او هذه القريه واطلق القول ولم يخص
شيا دخل البنا والغرس لما ذكرنا انه تبع ويدخلان في البيع وان لم يتوقف صحة البيع الى دخولهما
فلان يدخل في الرهن وصحته متوقفه الى دخولهما اولى **قوله** والا بطل كله وفي مبسوط شيخ الاسلام
لو رهن دارا او ارضا وقبضها ثم استحقت طايفة منها هل يبطل الرهن فيما بقي هذا على وجهين اما
ان المستحق بعض معين او شايع فان كان شايعا بان استحق بعضا غير معين شايع بطل الرهن في الباقي
او استحق البنا دون العرصة لان بالاستحقاق ظهر ان الرهن وقع ابتدا في الشايع ولهذا يبطل
الهبة باستحقاق البعض شايعا فالرهن اولى وان استحق بعض معين بقي الرهن في الباقي بان استحق
بيتا منها بعينه اذ بالاستحقاق يظهر انه رهن الباقي من الابتدا ورهن الباقي من الابتدا جايز
لانه غير مشاع **قوله** ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وفي الايضاح
وروى الحسن عن ابي حنيفه لو رهن دارا وهما فيها لم يتم الرهن حتى يقول الراهن بعد ما
خرج منها سلمتها اليك لان الراهن اذا كان في الدار فليس بمسلم فاذا خرج يحتاج الى تسليم جديد
لانه شاغل لها كشغل الدار بالمتاع وكذا متاعه في الوعا المرهون يمنع التسليم وفي شرح الطحاوي
والحيلة لصحة التسليم ان يودع اولا ما فيه عند المرتهن ثم يسلم اليها رهن **قوله** لانه اي الحمل شاغل
لها اي للدابة كشغل الدار بالمتاع وقال الشافعي واحمد يصح تسليمه في جميع ما ذكر من المسايل الى

قوله ولا يصح الرهن بالامانات لان القبض حصل فيهما جميعا فيكون موجودا في الرهن كما في المشاع كذا
وكونهما فيهما لا يمنع التخليه اذ التخليه تصح بقوله مع التمكن منها وعدم المانع فاشبه ما لو كانا خارجين
قوله حتى لو اي المشاغل يدخل فيه اي في الرهن من غير ذكر يعني لو رهن دابة عليها سرج او لجام
دخل ذلك ذكر في الرهن كذا في الايضاح **قوله** بالامانات والودايع الى اخره ولا خلاف فيه ولو
قال المودع ضاعت الوديعة او رددتها وادعى المودع الاستهلاك او كان المودع ساكتا او يقول لا
ادري لا يجوز الصلح عند ابي حنيفه وابي يوسف وعند محمد يجوز بنا على ان البراة تقع بمجرد دعوى الرد
عندهما لان المودع مسلط من جهة رب المال على الحفظ فيكون مسلطا على الخبر عن ذلك فيصير قوله
متعدتا على المودع فصار كانه اقر ولو كان كذلك بطل الصلح لبطلان الضمان وعند محمد يشترط اليمين
فهو بالصلح افتدى اليمين فيصح بخلاف ما لو جحد الايداع وهو يدعي الوديعه او ادعى الاستهلاك
وهو ينفي بالاساع ولم يدع الرد او الهلاك فاصطلحا يجوز الصلح بالاتفاق لان الصلح بنا على زعم
المدعي وهو يدعي دينا عليه في الحاصل لان الوديعة في زعم بجحوده هالكة فيما اذا جحد الايداع
او مستهلكة فيما اذا ادعى الاستهلاك ففي كل موضع صح الصلح صح الرهن لوجوب الدين ظاهرا والا
لا لحصول الرهن بلا دين **قوله** وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح الى اخره يعني اذا كان عينا
فيصح الرهن بها عندنا وبه قال الشافعي واحمد وقد مر في شرح الطحاوي لو هلك في يده قبل استرداد
العين والعين المضمون قايما في يد الراهن يقال له سلم العين الذي في يدك وخذ من المرتهن الاقل من قيمة
الرهن ومن قيمه ما رهن لان الرهن مضمون عندنا كذلك ولو هلك العين المضمون قبل هلاك الرهن
يصير الرهن رهنا بقيمه العين المضمون فاذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة
الرهن الذي كان رهنا وهكذا في التحفة **قوله** والرهن بالدرك باطل وبه قالت الايمه الثلاثة
وصورته ان ياخذ المشتري من البايع رهنا بالثمن لو ادركه درك اما الكفالة بالدرك يصح بلا خلاف
وقال ابو العباس قولا من الشافعي لا يصح والمنصوص الاول وعن احمد في روايه لا يصح وقد مر في
الكفالة **قوله** كما في الصوم والصلاة يعني لو نذر بالصوم والصلاه والصدقه يصح لانه التزام
المطالبة بالقول وكذا الكفالة التزام المطالبة لا التزام الدين والتزام افعال يصح مضافا الى زمان
الاستقبال اما الرهن استيفا والاستيفا معاوضة فلا يحتمل الاضافة الى حال وجود الدين **فان**
قيل ما فايدة ضمان الدرك فان المشتري يرجع على البايع بالثمن سوا ضمن الدرك البايع او لا
قلنا فايدته ان المشتري لا يرجع على البايع اذا لم يضمن الدرك ما لم يقض القاضي بثبوت الدين
للمشتري او بفسخ البيع بينهما في الاصح ذكر في الفصول الاستروشني فاذا ضمنه يرجع عليه بالثمن قبل القضا
بفسخ البيع **قوله** فلو قبضه اي المشتري الرهن في الدرك قبل الوجوب اي قبل حلول الدرك هلك امانة
وكذا بعد حلول الدرك لانه عقد لو وقع باطلا ولهذا لا يملك حبس الرهن **قوله** لان الموعود كالموجود
في حالة عقد الرهن اذ الظاهر ان الخلف لا يجري في الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف الدرك
فانه لا يكون موجودا غالبا اذ الظاهر ان المسلم لا يبيع مال نفسه **قوله** كالمقبوض على سوم الشرا حيث
اعطي له حكم الشرا الا ان المقبوض على سوم الشرا بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن
والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سميا لا بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان استيفا الدين وليس بضمان مبتدا
فيتقدر بالدين وضمان البيع ضمان مبتدا يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شي قبل البيع فيجعل مضمونا
بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وفي جامع المحبوبي والمقبوض من الرهن على وجه قرض
فاسد يكون مضمونا ايضا وصورته ان العبد التاجر اذا اخذ رهنا ليقرضه فهلك الرهن عنده فالعبد

ضامن لقيمة الرهن وان كان قرضته فاسدًا لان العبد لا يملك الاقراض **قوله** ويصح الرهن براس مال السلم الى اخره ولا نعلم فيه خلاف للائمة الثلاثة وقال زفر لا يصح في راس السلم وثمن الصرف وله في المسلم روايتان ذكره في المبسوط لان حكمه اي حكم كل واحد من الثلاثة الاستيفا وهذا اي الرهن استبدال لانه لو صح لصار مستوفيا به وهو استبدال لعدم المجانسة ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية بين هذا الرهن وبين مضمون فيصح وانما يصير مستوفيا باعتبار ماليته لا عينه والمجانسة ثابتة في المالية بتحقق المالية ولا يقال المجانسة من حيث المالية ثابتة في جميع الصور فينبغي ان يجوز الاستبدال براس مال السلم واخويه حيث لا يجوز لانا نقول المجانسة من حيث المالية انما تعتبر في صورة الرهن لا في غيره لان المرتهن يصير مستوفيا حقه لا مستبدلا لما ذكرنا ان عين الرهن لا يكون مملوكا له فاذا كان حكم الرهن الاستيفا لا الاستبدال يجاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه وراس مال السلم واخواه كذلك فيجوز الرهن بها كذا في المبسوط **قوله** لفوات القبض حقيقة وهو ظاهر وحكما لانه يكون بالهلاك فلا يثبت قبله **قوله** يكون ذلك رهنا براس المال هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يكون رهنا به حتى لا يحبسه لان ذلك الرهن كان مرهونا بالمسلم فيه وقد سقط لا الى بدل وراس المال دين اخر واجب بسبب اخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على غيره دراهم ودنانير فرهنه بالدنانير رهنا ثم ابرأ المرتهن عن الدنانير لا يكون الرهن رهنا بالدراهم وهذا القياس مذهب الائمة الثلاثة وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد وحقه في راس المال عند فسخ العقد فيكون له ان يحبسه بكل واحد منهما كمن ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب كان له حبس الرهن حتى يستوفي قيمته لان الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه والقيمة عند هلاكه وهذا لان المسلم فيه مع راس المال احدهما بدل عن الاخر والرهن بالشيء يكون رهنا ببدله لقيامه مقام الاصل كذا في المبسوط **قوله** فهلك بالطعام المسلم فيه حتى لا يسعى رب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام بل عليه ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه وياخذ راس المال لان بهلاك الرهن يكون مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن تبطل الاقالة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الثمن بدله **قوله** وادى ثمنه قيمة المشترى فاسدا كذا في النهاية وقيل لا يحتاج الى هذا التاويل ويمكن ان يجري على حقيقته بان اخذ ثمنه ثم علم بفساد البيع **قوله** هلك بقيمته اي بقيمة المشترى شراء فاسدًا وفي بعض النسخ فكذا هذا وهو بعيد يعرف بالتامل **قوله** وقيام المانع في الاذن وهو المدبر وام الولد والمكاتب وقال مالك واحمد يجوز رهن المدبر واختلف اصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يجوز قولا واحدا وقال بعضهم يجوز قولا واحدا وقال بعضهم فيه وجهان احدهما انه حكم بفساد الرهن والثاني وهو الاصح انه يباع في الدين وهذا ابتنا على جواز بيعه عندهم فكل ما يجوز بيعه يجوز رهنه عندهم لامكان استيفا الدين من ثمنه وعندنا لا يجوز بيعه فلا يمكن الاستيفا منه وعند الشافعي وان كان يجوز بيعه لكن علق عتقه بصفة فاشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق ورهن المكاتب يجوز عند مالك واحمد في رواية يجوز بيعه وعندنا والشافعي واحمد في الاصح لا يجوز بيعه **قوله** لتعذر الاستيفا اي استيفا القصاص من الرهن ولا المكفول به وهو القصاص غير مضمون في نفسه حتى لو مات من عليه القصاص لم يجب شي ولا نعلم فيه خلاف وانما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس وما دونه لانه لو رهن ببدل الصلح من دم العمد يصح لان البدل

مضمون بنفسه وهذا بخلاف ما لو كان القتل خطا فصالحه على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع كذا في الايضاح **قوله** ولا يجوز باجر النائحة والمغنية وكذا بثمن الحر والخمر لو ضاع اي الرهن لم يكن مضمونا لان الدين غير واجب ولهذا لو تخاصما الى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يامر المستاجر بتسليم الاجر كذا في الذخيرة ولا نعلم فيه خلاف **قوله** فالرهن مضمون اي بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا ولهذا لو اختصما قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن **قوله** ثم ظهر انه اي العبد المقتول حرا وكذا اذا استحق المشترى رجل ادعى على اخر الفا فجحد الاخر فصالحه عن ذلك الدعوى على خمسماية واعطاه رهنا يساوي خمسماية فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا على ان لا دين فعلى المرتهن قيمة الرهن خمسماية وهذا الرهن جائز عندنا خلافا للشافعي لان بدل الصلح على الانكار يجب وعنده لا يجوز الصلح فلا يجب ولو استوفى بدل الصلح حقيقة ثم تصادقا على عدم الدين يجب رد ما استوفى حقيقة كذا ههنا وعن ابي يوسف خلافه وفي الايضاح ان الرهن مضمون ويجب عليه رد قيمته في قول محمد واما الرواية عن ابي يوسف انه لا يضمن قيمته لانهما لما تصادقا على عدم الدين فقد تصادقا على انعدام الضمان في الرهن وحكم الرهن يثبت فيما بينهما وجه قول محمد ان القبض انما وقع بمال مضمون في الظاهر فصار كالدين الثابت حقيقة **قوله** وكذا قياسه اي قياس قول ابي يوسف فيما تقدم اي في مسالة الخل والعبد وظهور العبد حرا والخل خمرا وانما قال قياسه لان الرواية عنه محفوظة في مسالة الصلح دون مسالة من اشترى عبدا الى اخره ولكن وجه تلك المسالة كمسالة الصلح من حيث انه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة كذا في الايضاح **قوله** بدين عليهم اي على الاب عبد الابن الصغير قيد بالصغير لانه لو رهن عبد ابنه الكبير لا يجوز بدون اذنه **قوله** لما بينا وهو قوله وهذا نظر في حق الصبي وعن ابي يوسف وزفر لا يجوز وهو قياس قول الائمة الثلاثة لانه يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز كما لو قضاه قصدًا قال التمرتاشي ذكر في الامالي الاب يضمن بقدر الدين اذا كانت قيمة العبد اكثر والوصي يضمن بقدر القيمة لان للاب ولاية الاستيعاب ولا كذلك الوصي وسوى في الذخيرة والمغني حيث قال يضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت القيمة مثل الدين وان كانت اكثر من الدين يضمنان بقدر الدين لا الزيادة اذ فيما زاد مودع مال الصغير ولهما هذه الولاية **قوله** واذا رهن الاب من نفسه اي مال الصغير او من ابن له اخر صغيرا وعبد له اي للاب تاجر ليس بدين لهم على الصغير ولا دين عليه على العبد التاجر جاز قيد به لان الشبهة انما ترد فيما اذا لم يكن على العبد دين لانه حينئذ يكون بمنزلة ان يرهنه من نفسه لان كسب عبده الذي لا دين عليه له ولكن هو غير مانع لما ذكرنا انه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذا ههنا اما اذا كان على العبد دين فلا شك في جواز الرهن حتى كان الاب والوصي سوا في هذه الصورة ذكره في مبسوط شيخ الاسلام وعند الائمة الثلاثة انما يجوز رهن مال الصبي لما بشرطين احدهما ان يرهنه عند ثقة والثاني ان يكون للصبي حاجة في نفقته وكسوته وانفاقه على عقاره مستهدم كما يجي **قوله** ولو ارتهنه الوصي من نفسه اي لاجل دين للوصي على الصغير او من هذين اي صغير للوصي له دين على الصغير او عبد تاجر للوصي له على الصغير دين او رهن الوصي عينا له اي لليتيم بحق لليتيم عليه اي على الوصي لا يجوز **قوله** والرهن من ابنه اي من ابن الوصي وعبده اي عبد الوصي بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز كما لو رهن من نفسه **قوله** لا ولاية له اي للقاضي عليهم اي على الابن الكبير وابنه وعبده الذي عليه دين لانه في كسبهم بمنزلة الاجنبي وهم احق بالكسب منه لانه اي الوكيل عنهم فيه اي في البيع من هو لا ولايته

لما ذكرنا من ظهور الدين فيكفي ذلك لصحة الرهن **قوله** تصادقا ان لا دين وفي الذخيرة ذكر صورة محالا الى الجامع الكبير فقال رجل ...

في الرهن لان له اي للرهن حكما واحدا وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سوا رهنه عند هولاء او عند الاجنبي كذا في المبسوط **قوله** وان استدان الوصي لليتيم اي استقرض لاجله لان الاستدانة جايزة للحاجة ولا نعلم فيه خلاف **قوله** ومات الاب قيد الموت اتفاقي اذ لا تاثير للموت لانه اذا عقد الاب ثم بلغ الصبي ليس له نقض رهنه ذكره في مبسوط شيخ الاسلام وشرح الطحاوي وكذا ذكر الاب اتفاقي لان حكم رهن الوصي كذلك **قوله** لا شتماله على امرين جايزين وهو رهن الاب او الوصي متاع اليتيم لدين على نفسه ورهنهما متاعه لدين على اليتيم **قوله** والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين **قوله** ادى قدر الدين الى المرتهن وفي بعض النسخ ادى قدر القيمة الى المرتهن وهذا سهو وقع من الكاتب وهذا الظاهر لا خفا فيه لاحد ان حق المرتهن بقدر الدين لا في قيمة الرهن فكان الصحيح ما اثبت في المتن **قوله** يضمنه لحق المرتهن وهو قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير وهو قدر الزيادة على الدين الابريق اناء له خرطوم كذا في المغرب **قوله** هذا الجواب اي قوله بثمانية في الوجهين وفيما اذا كانت قيمته مثل وزنه او كانت اكثر من وزنه **قوله** ثم يملكه اي الرهن الذي حل مكان الرهن الاول وما ذكر في بعض الحواشي لم يتملكه اي المرتهن غير صحيح لان تملك المرتهن اياه لا يخلو اما ان يجعل المضمون رهنا فكان الرهن الاول ثم يملكه المرتهن او يملكه قبل ان يجعله رهنا مكان الاول فان جعله رهنا ثم تملكه لا يصح لان ذلك حكم جاهلي على ما يجي وان ملكه قبل جعله رهنا كان مخالفا لجميع الروايات من مبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع **قوله** واستيفا الجيد بالردي جايز هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفا الردي بالجيد جايز لما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به في بدل الصرف والسلم يودن ان الاصح ما قلنا لان التجوز يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان في جواز استيفا الجيد بالردي لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشي اخر ولان وضع المسالة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي اقل من العشره لرداته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيده **قوله** وقد حصل الاستيفا بالاجماع لان المرتهن متى قبض مع علمه بانه يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفا فكانه رضي بدون حقه وصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد وهو عالم به كذا في المبسوط **قوله** الى نقضه اي نقض الاستيفا ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له اي لايجاب الضمان من مطالب ومطالب ولا مطالب ههنا لان المطالب اما ان يكون هو الراهن ولا يجوز ذلك لان النقض بعد قضا دينه بالردي يضره ولا ينفعه ولا يجوز ان يكون المرتهن لانه مطالب فلا يصح ان يكون مطالبا للتدافع وفيه ايضا يلزم تضمين الانسان لملك نفسه لنفسه ولا نظير له في الشرع **قوله** وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الى اخره ووجه كونه فرعا ان المرتهن يصير مستوفيا حكما بهلاك الرهن فيعتبر بما لو استوفى حقيقة كما في هذه المسالة ولا يكون له نقض استيفايه حقيقة فكذا فيما نحن فيه وذكر عيسى بن ابان ان محمدا في تلك المسالة اولا مع ابي حنيفة اما قوله الاخر كقول ابي يوسف على قياس ما ذكره في الرهن اذ لا فرق بين الفصلين فان الرهن مقبوض الاستيفا فيكون بمنزلة المقبوض حقيقة الاستيفا ولا يقال كيف يستقيم هذا البنا وهناك لو كان عالما عند القبض برداة المستوفى يسقط عندهم جميعا وهنا عند قبض الرهن عالم برداة المقبوض لانا نسلم ذلك ولكنه عند قبض الرهن ما كان يعلم انه يهلك في يده فيصير مستوفيا بمجرد القبض لا يتم رضاه بسقوط حقه في الجوده وفي مبسوط شيخ الاسلام ولكن حل هذه المسالة مبتداة اولى لان محمدا مع ابي حنيفة في المشهور **قوله** والفرق لمحمد اي على تقدير البنا على تلك المسالة وهي مسالة الجامع الصغير انه اي رب الدين قبض الزيوف لتكون تلك الزيوف

يعنيها مقام الدين والربا فيه لا يمنع الاستيفا بالهلاك اما قبض الرهن فالمرتهن ما اخذه ليأخذ حقه من عينه بل اخذه ليستوفي دينه من محل اخر فلا بد من نقض القبض والمرتهن يقبضه باداء الضمان واخذ مثل حقه **قوله** لانه لا وجه الى ان يذهب شي من الدين الى اخره **فان قيل** هذا الدليل والدعا لان هذا التعليل تعليل عدم سقوط شي من الدين لانه لو سقط يصير مستوفيا الدين بمقابلة الجودة والجودة لا قيمة لها في الاموال الربويه ولا يجبر الراهن على الفكاك لانه يودي الى الاضرار به لما فيه من الضرر بالراهن فخيرنا اي الراهن ان شا افتكه بما فيه اي بالدين في ذلك المكسور وهو جميع الدين وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا ولا ان يفكه مع النقصان لما مر تعذر الفكاك اصلا فصار بمنزلة الهلاك **قلنا** الاستيفا عند الهلاك بالماليه فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لا ان يملك المرتهن عين الرهن بالدين ولكنه يضمن القيمة لانه لا يتوصل الى استيفا حقه الا باداء الضمان وهذا امر مشروع الا ترى ان محمدا اوافقنا انه يجب الضمان اذا كان يودي الى الربا او الى الضرر كما في الوجه الثالث كذا في الايضاح **قوله** وفي جعله اي جعل الرهن مضمونا بالدين حال قيامه يودي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرنا الى التضمين بالقيمة لانه لا يودي الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله **قوله** اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار فيكون حالة الا حالة التضمين لكل حال لما مر **قوله** والهلاك عنده اي عند محمد بالقيمة اي في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه مضمون بالقيمة فكذا عند الانكسار وانما يضمن قيمته من خلاف جنسه للتحرز عن الربا كذا في المبسوط **قوله** وان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وهو فيما اذا كان وزن الذهب مثل وزن الدين وان كان بعضه فبعضه يعني ان كان بعض الرهن مضمونا لا الزايد عليه وهو فيما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فحينئذ يقسم الجودة على المضمون والامانة فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونا وما كان بمقابلة الامانة يكون امانة وفي مسالتنا كان كله مضمونا لان وزن الذهب مثل وزن الدين فكان كله مضمونا وحاصله ان الابريق او القلب المرهون لما كانت قيمته زايدة على الدين مع اتحادهما في الوزن صارت الزايدة مضمونة ايضا تبعا للوزن عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوزن اصل والصياغة تبع لان الوزن يوجد بدون الصياغة والصياغة لا توجد بدون الوزن فكانت الصياغة تبعا للوزن كالاطراف تبع للرقبة فاذا كان الوزن مضمونا صار الصياغة مضمونة تبعا للاصل لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفا الدين عنده فيكون ضامنا جميع القيمة من خلاف جنسه كما في المغصوب وروى بشر عن ابي يوسف مثل هذا ولكن ظاهر مذهب ابي يوسف ان المرتهن يضمن خمسة اسداس القلب من خلاف جنسه ويميز سدس المكسور فيضم الى ما ضمن ويكون مرهونا عنده وخمسة اسداس القلب يصير مملوكا له بالضمان وانما يميز للتحرز من الشيوع في الرهن اذ الشيوع الطاري كالمقارن في الرهن فان من اصله ان الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الصنعة لها حكم المالية مع الاصل ولهذا يعتبر من الثلث في القلب الموصى به ولو باع الوصي قلب اليتيم بمثل وزنه لا يجوز ويجعل محاباته بالجوده والصنعة كمحاباته بالوزن فاذا تقرر هذا قلنا خمسة اسداس القلب يصير مضمونا بالجوده وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفا عنده فيضمن خمسة اسداسه من خلاف جنسه كذا في المبسوطين **قوله** وفي تصرف المريض حتى اذا باع المريض قلبا وزنه عشره وقيمته عشرون بعشره لم يسلم للمشتري بل يعتبر خروجه من الثلث **قوله** وفي بيان قول محمد نوع طول الى اخره وفي المبسوط عند محمد ان انتقص بالانكسار درهم او درهمان

خيرا الراهن على الفكاك بقضا جميع الدين وان انتقص اكثر من ذلك خير الراهن ان شا جعله للمرتهن بدينه وان شا افتكه بكل الدين لان من اصله ان الضمان في الوزن والامانه في الجوده والصنعة باعتبار الجودة والصنعة تابعة للوزن وصفة الامانة في المرهون كذلك لا حكم الرهن على الاصالة هو المضمون لانه عقد ضمان واستيفا فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابله التبع الا ان يفضل شي من الضمان فحينئذ يصرف الى الجودة ضرورة فاذا كانت الامانة ههنا في الجوده والصنعة قلنا اذا لم ينقص بالانكسار اكثر من الدرهمين فالقلب ما كان امانة يجبر على الفكاك بكل الدين وان انتقص اكثر من ذلك فقد فات شي من المضمون وحالة الانكسار عند محمد معتبره بحالة الهلاك وفي هذا الفصل في الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذا عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويخير الراهن كما بينا كذا في المبسوط وحاصله ان محمدا حصر وجوب الجبر على الفكاك عند عدم الازدياد النقصان على الدرهمين لانه اذا زاد النقصان على الدرهمين يقع النقصان في الرهن المضمون وهو العشرة واذا لم يزد يقع النقص في الامانة فيبقى المرهون على حاله مضمونا اليه اشار شيخ الاسلام وفي الكافي ولو كان قيمته اقل من وزنه سبعة او اكثر او سبعة او عسرة ان شا افتكه بكل الدين وان شا ضمنه بخلاف جنسه بالاتفاق ولو كانت وزنه اكثر من دينه خمسة عشر وهلك استوفي دينه ثلثه وثلثه امانة قلت قيمته او كثرت وكذا عندهما ان كانت اقل من الدين ان شا عشره ضمن قيمته من خلاف وان كانت اكثر من اثني عشر ضمن قيمته خمسة اسداسها وان انكسر ان شا افتكه بكل الدين وان شا ضمنه قيمته ثلثيه قلت او كثرت عند ابي حنيفه رحمه الله وكذا عند ابي يوسف ان كان قيمته مثل وزنه وعند محمد رحمه الله ان شا افتكه بكل الدين وان شا ترك ثلثيه بدينه واخذ منه ثلثه وان كانت اكثر من عسرين عند ابي يوسف ان شا افتكه بكل الدين وان شا ضمنه قيمته نصف الرهن لان فيه نصفه سلع تدر الدين وعند محمد ان انتقص قدر خمسة دراهم بالكسر يجبر على الفكاك بكل الدين وان انتقص اكثر من ذلك خير ان شا افكه بكل الدين وان شا ترك ثلثي الرهن بدينه واخذ الثلث وان كان قيمته اثني عشر ان شا افتكه بكل الدين وان شا ضمنه قيمة خمسة اسداسه عندهما وان كانت مثل الدين عشره او اقل من الدين تسعه ان شا افتكه بكل الدين وان شا ضمنه قيمة جميعه من خلافه عندهما وصارت الاقسام ستة وعشرين فصلا اذا انقسم الاول وهو ان يكون الدين مثل وزنه ستة فصول لانه اما ان كانت مثل الدين او اقل او اكثر فثلاثه بتقدير هلاكه وثلاثه بتقدير الانكسار والقسم الثاني وهو ان يكون وزنه ثمانية عشر فصول والقسم الاول بفصوله مذكور في الهداية فقط والثاني في شعبها التي احالها الى المبسوط والزيادات **قوله** ومن باع على ان يرهنه الى اخره هذه المسله مرت في البيوع فالبيع بشرط الرهن المعين والكفيل المعين جايز ولا يعلم فيه خلاف اما لو لم يكن الرهن معينا وكذا الكفيل لا يجوز اذا كان غير معين او غايبا عندنا والشافعي واحمد وحكي عن ملك وابي ثور يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه ان يدفع اليه رهنا بقدر الدين لانه وثيقه يجاز شرطها مطلقا كالشهادة وقلنا الاستيفا والقبض والبيع في المجهول لا يتصور كما لو شرط رهنا ما في كمه بخلاف الشهادة فان لها عرفا في الشرع اما لا عرف في الرهن ولا يلزمه شي معين **قوله** فقبل اي قبل الكفيل الكفالة **قوله** ولانه شرط لا يقتضيه العقد قيد به لانه لو كان شرطا يقتضيه العقد وهو الذي يجب بالعقد من غير شرطه كما لو شرط على البايع تسليم المبيع او على المشتري تسليم الثمن لا يضر وانه اي الاستيفاق يلايم الوجوب اي وجوب الثمن اذ هو شرط استيفا الثمن فيلايم العقد اذ في الحقيقه شرط بوثوق الثمن واستيفايه فيكون بمعنى زياده وصف في الثمن بان شرط وجوده **قوله** لم يجبر عليه اي على التسليم والبايع بالخيار في امضا البيع او فسخه وبه قال

الشافعي

٤٤٨

الشافعي واحمد وقال زفر يجبر وبه قال ملك وابو ثور وابن ابي ليلى والقاضي الحنبلي فيما عدا المكيل والموزون لان فيه يلزم العقد بمجرد الايجاب والقبول عندهم وعند زفر يلزم بلزوم البيع كما ذكر في المتن **قوله** امسك هذا الثوب اي ثوبا اخر غير المبيع هكذا في بعض الحواشي ولكن ذكر التمرتاشي في جامعه اشترى ثوبا وقبضه ثم اعطى البايع وقال امسكه حتى اعطيك الثمن فهو رهن عند ابي حنيفه رحمه الله وديعه عند ابي يوسف رحمه الله فحينئذ لا تفاوت بين المبيع وغيره وذكر التمرتاشي في جامعه اشترى لحما او سمكا فذهب ليجي بالثمن فابطى فخشي البايع ان يفسد بيعه ووسع المشتري شراءه فان كان في الثمن زياده تصدق بها ولو اشترى جمدا وقبضه ولم يعط الثمن فاخذ البايع الجمد منه وقال هات الفلس وخذ الجمد فذاب فعلى المشتري الثمن وعلى البايع قيمة الجمد ومثله لو قال المشتري للبايع بعد الاخذ ضع الجمد حتى اتي بالفلس فوضع فذاب لا شي على البايع لانه مودع ولو قال البايع قبل القبض امسكه حتى اتي بالفلس فذاب بطل البيع ولا شي على احد **قوله** علم ان مراده الرهن لان معنى الرهن هو الحبس الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكانه قال رهنتكه بالثمن الا ترى لو قال ملكتك بعشره كقوله بعتك بعشره كذا في جامع البزدوي والمحبوبي رحمهما الله تعالى

فصل

لما ذكر حكم الراهن الواحد شرع في الاثنين **قوله** وصار كالمبيع عند البايع يعني اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يمكن من اخذه حتى يودي جميع الثمن فكذلك ههنا **قوله** وكذلك الجواب يعني لا ياخذ نقصا ما سمى في مقابلته في روايه المبسوط وفي رواية الزيادات له ان ياخذه وهو قياس قول الايمة الثلاثة **قوله** ان العقد متحد لاتحاد الموجب والقابل وعند اتحادهما لا يفرق بتفريق التسميه كما في البيع **قوله** الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز يعني لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتدا وجب ان يمكن الراهن من القبض في الانتها والحاصل ان الرهن يتفرق بتفريق التسميه عند اتحاد العقد والبيع لا يتفرق حتى لو باع عبدين بالف وسمى لكل واحد خمسمايه فلو قبل المشتري البيع في احدهما يصح ولو قبل المرتهن العقد في احدهما عند تفريق التسميه يصح لانه لو تفرق الرهن بتفرق التسميه لا يتضرر به الراهن وفي البيع يتضرر البايع لان في البيع ضم الردي الى الجيد متعارف دون الرهن ولان البيع يفسد بالشرط الفاسد فاذا جمع بينهما فلو تفرق بتفريق التسميه يصير قبول العقد في احدهما شرطا في الاخر فيفسد اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة **قوله** بدين لكل واحد منهما جاز سوا كانا شريكين في الدين او لا وان لم يكونا شريكين فيه ودينهما من جنس واحد او جنسين مختلفين بان كان دين احدهما دراهم والاخر دنانير فان ذلك كله جايز ولا يعلم فيه خلاف **قوله** وجميعها رهن عند كل واحد منهما **فان قيل** يجب ان لا يجوز لانه اضاف الرهن من اثنين وهو يوجب الانقسام بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة الا ترى انه ينقسم على الهلاك وكما اذا وهب من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة لمكان الشيوع **قلنا** ان الشيوع والانقسام كما ثبت بالاضافة الى الاثنين يثبت الشيوع بين البدل والمبدل كما في البيع اذا اضيف البيع الى اثنين حيث ينقسم اجزا المبيع على اجزا الثمن ثم يسقط اعتبار الانقسام بين الدين واجزا الرهن تحريا لجواز العقد وجعل الكل مرهونا بجميع الدين وكل جزء من اجزايه محبوسا بجميع الدين تحريا للجواز بخلاف البيع فان اعتبار الانقسام هناك بسبب اضافة البيع الى اثنين لا يوجب فساد البيع كما لا يوجب فساد البيع متى يحسب الانقسام بين اجزا الثمن واجزا المبيع لما ان بيع الشايع جايز فاعتبر الانقسام متى اضاف البيع الى اثنين بخلاف ما لو وهب داره من اثنين حيث لا يجوز عند ابي حنيفه رحمه الله

والرهن من رجلين جايز لان المقصود من الهبة ايجاب الملك والعين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا
لكل واحد منهما كملا فاذا لم يتصور ذلك يكون لكل واحد نصفها شايعا وهبة المشاع لا يجوز اما
المقصود من الرهن اثبات الحبس للمال حتى يضجر الراهن فيتسارع الى اداء الدين والعين الواحد يجوز
ان يكون محبوسا كله بحق هذا وكله بحق الاخر فجعلناه محبوسا لكل واحد منهما بكماله كما في تداخل
العدتين في حق المراة الواحدة فانها محبوسة لكل واحد من الرجلين كملا كذا في مبسوط شيخ الاسلام
قوله كان كله رهنا في يد الاخر وعند الايمة الثلاثة نصفه رهن ونصفه وديعة وفي المبسوط لو
هلك الرهن عند الاخر للذي ادى دينه ان يسترد ما ادى خلافا للايمة الثلاثة لان ارتهان كل واحد
منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن لما ذكر في الكتاب ان كل واحد منهما نوبته كالعدل في حق
الاخر فيصير كل واحد منهما عند الهلاك مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فيسترد ما اعطاه
كيلا يتكرر الاستيفا **قوله** من غير شيوع وعند الايمة الثلاثة بالشيوع لما ان رهن الشايع جايز
عندهم **قوله** فهو باطل صورة المسلة ان العبد في يد رجل وجا رجل اخر وادعى على صاحب
اليد انك رهنتني عبدك هذا بدين لي عليك فاني ارتهنت منك او قبضت وبرهن على دعواه
وجا اخر وادعى على صاحب اليد ايضا ذلك كالاول وبرهن على ما ادعاه فالحاصل ان المرتهن
اثنان والراهن واحد ولكن لم يثبت اتحاد العقد فلذلك بطل ههنا بخلاف ما تقدم **قوله**
وجهل التاريخ لانه لو برهن احدهما تقدم ارتهانه ثبت عقده **قوله** لكن محمد اخذ به اي بالقياس
حيث قال في الاصل وبه ناخذ لقوته اي لقوة القياس كما بينا وضعف وجه الاستحسان لان ذلك عمل
على خلاف ما قامت به البينة والعمل بخلاف الحجة باطل **قوله** وهو قول ابي حنيفة ومحمد معه
قوله وانه باطل اي القضا بعقد الرهن للشيوع لانه لا يتمكن من القضا لكل واحد منهما الا في
النصف فيلزم الشيوع بخلاف الرهن من رجلين لان حق كل واحد ثابت في جميع الرهن حتى لو قضى
جميع دين احدهما لا يسترد شيا من الرهن فابو يوسف سوى بين حالة الحياة وحالة الوفاة وهما فرقا
وقالا المقصود من الرهن حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الوفاة الاستيفا بالبيع في الدين والشيوع
لا يضره وقيل ذكر محمد القياس والاستحسان فيما اذا كان الرهن في ايديهما ولم يذكر فيما اذا كان
الرهن في يد الراهن وهي المسلة الاولى والاصح ان القياس والاستحسان فيهما

باب الرهن يوضع على يدي العدل

لما ذكر حكم الراهن والمرتهن شرع في بيان حكم نايبهما وهو
وهو العدل والمراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن وضع الرهن في يده ممن يجوز تصرفه ولا
خلاف فيه ووضع الرهن باتفاقهما جايز عند اكثر اهل العلم **قوله** وذكر قوله اي قول مالك في
بعض النسخ وذكر في المبسوط وشرح الاقطع مكان مالك ابن ابي ليلى وما لمالك فيه رواية وفي المغني لابن
قدامة والحلية وغيرهما من كتب اصحاب الشافعي واحمد ذكر خلاف ابن ابي ليلى والحكم والحارث
العكلي وداود **قوله** لان يد العدل يد المالك الى اخره وفي الكافي هذا الدليل يشعر بان على
قول مالك القبض شرط وقد روي في كتبه انه غير شرط فيمكن ان يكون له روايتان حتى يصح ذلك
ولكن الصحيح انه لا خلاف لمالك في جواز وضعه على يد العدل **قوله** ينزل اي العدل منزلة
شخصين وصار نايبا عنهما ويده كيدهما ويجوز ان يجعل اليد الواحد في حكم اليدين كمن عجل زكاة
ماله الى الساعي فان يده يد صاحب المال من وجه ويد الفقير من وجه فلو هلك النصاب او انتقص قبل
تمام الحول كان للمالك استرداد ما دفعه الى الساعي اذا كان قايما ويد الفقير من حيث انه لو هلك
الزكاة في يده وبقي النصاب الى تمام الحول يقع المودى عن الزكاة كما لو دفعه الى الفقير **فان قيل**

فعلى هذا ينبغي ان يرجع العدل بضمان الاستحقاق على المرتهن ايضا ولا يرجع عليه بل يرجع على الراهن
بامره **قلنا** انما لا يرجع عليه بضمان الاستحقاق مع انه نايب عنهما لان المستحق انما يضمن العدل بضمان
الغصب والتحويل والنقل وذا يتحقق في العين لا في المالية وفي حق العين نايب عن الراهن **فان قيل**
ان الرهن لا يتم الا بالقبض وقبض العدل يكون قبضا للمرتهن **قلنا** ذا الحكم لا حقيقة ولهذا يمنع
الراهن من اخذه من يد العدل **قوله** لان يده اي يد العدل في حق المالية الى اخره **فان قيل**
الرهن لا يتم الا بالقبض وبقبض العدل لم يوجد قبض المرتهن لا حقيقة ولا حكما فكيف يتم اما حقيقة
فظاهر واما حكما فلو جعل قابضا انما جعل بموافقة الراهن على قبض العدل ولا يتم بذلك لان القبض
لا يتم بقبض الراهن وان اتفقا عليه فكذا لو اتفقا على قبض العدل كما لو اتفق البايع والمشتري على
وضع المبيع على يد العدل قبل ادا الثمن فانه يصير نايبا عن البايع حتى لو هلك المبيع كان الهلاك على
البايع ولم يعتبر امر المشتري العدل بقبض المبيع فيما ليس له قبض المبيع قبل نقد الثمن لا يصح لان العدل
لا يصير نايبا عن المرتهن في القبض بامر المرتهن لان الامر انما لا في حقا مستحقا للامر يصح والا فلا وبعد
الرهن لم يصر القبض حقا للمرتهن حتى كان للراهن ان يمنعه من القبض فاذا كان كذلك صار وجود امره وعدمه
بمنزلة ولو عدم منه الامر حقيقة لم يكن العدل نايبا عنه في القبض فكذا فيما لا يصح الامر **قلنا** ولو
اتفق الراهن والمرتهن بعد قبض المرتهن الرهن على وضعه على يد عدل يجوز ويصير يد العدل كيده حتى
لو هلك في يد العدل كان في ضمان المرتهن فعلم ان اتفاقهما على وضعه على يد العدل ليس كاتفاقهما على
وضعه في يد الراهن وبالامر يصير العدل وكيلا في القبض وله حق القبض بعد العقد فيجعل يده
كيدهما بخلاف باب البيع لان جعل العدل نايبا عن المشتري قبل نقد الثمن يغير موجب البيع فان موجبه
ان اليد للبايع قبل نقد الثمن في حق العين والمالية فاذا كان كذلك اعتبر يد البايع لان اليد كان له
في الاصل وفي الرهن لا يودي الى تغيير موجب الرهن في حق المالية وفي حق العين كيد الراهن كذا في المبسوطين
لانه لا يقدر اي العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة وجب في ذمته فلو جعله رهنا في يده صار
الواحد قاضيا ومقضيا عليه كذا في الذخيره **قوله** يرجع اي العدل برفع احدهما من الراهن والمرتهن
الى القاضي فلو فعل اي القاضي كذلك اي القيمة رهنا في يد العدل **قوله** فالقيمة سالمة له اي
للعدل لانه لا وجه الى ان ياخذه الراهن لانه وصل اليه عين ماله ولا وجه الى ان ياخذه المرتهن لانه
وصل اليه حقه فبقي القيمة سالمة للعدل **قوله** وان كان اي العدل ضمن القيمة بسبب الدفع الى
المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه اي من العدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك ينظر
ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن
يرجع لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك لا يضمن وان
استهلكه يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا وقال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه
رجع العدل عليه في الهلاك والاستهلاك لانه دفع اليه على وجه الضمان فلو دفع العدل الرهن الى
اجنبي وديعة من غير ضرورة فهو ضامن لانه امين في حق الرهن فصار كالمودع كذا في الذخيره وعند
الايمة الثلاثة لا ضمان عليه بالدفع اليهما فبالدفع الى اجنبي يضمن **قوله** ولا يجمع بين البدل والمبدل
لان العين زال عن ملك الراهن الى العدل ويحترز به عن المسلة الاولى فانه يلزم الجمع كما بينا **قوله**
فالوكالة جايزة ولا خلاف للايمة الثلاثة فيه حتى يصح بيعه والخلاف في انه ينعزل بعزل الراهن بدون
رضا المرتهن فعند الشافعي واحمد ينعزل لان الوكالة عقد جايز فلم يلزم المقام عليها كساير الوكالات
وكذا الوكالات الراهن انفسخت الكتابة عندهما وكونه من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرط الرهن في

البيع فانه لا يصير لازما ولنا انها شرطت في عقد الرهن صار اي عقد الوكالة وصفا من اوصاف الرهن وحقا من حقوقه فيلزم كاصله لان حكم التبع لا يفارق حكم الاصل والرهن لازم فكذا ما هو تبعه الا ترى انه اي عقد الوكالة لزيادة الوثيقة لان الرهن شرع للاستيفا وبالتوكيل يصير الاستيفا اوثق نعم فيه تعلق الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف في هذا العين لحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه بخلاف الرهن في البيع لانه ما صار حقا من حقوق البيع ولانه تعلق به اي بعقد الوكالة حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه **قوله** ولو وكله اي العدل بالوكالة المشروطة في الرهن مطلقا لانه اي عقد الوكالة لازم باصله وهو الرهن فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا وهو انه صار حقا من حقوقه **قوله** لحق الورثة كما في الوكالة المفردة حتى ينتقل الملك ولا رضا لهم يتبعه اما ههنا فلا اعتبار لحق الورثة لان حق المرتهن مقدم **قوله** لان العقد اي عقد الرهن لا يبطل بموتهما فيبقى بحقوقه واوصافه وهو الوكالة **قوله** انقضت الوكالة والرهن على حاله لانه لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل الرهن فبموت العدل اولى ولو ارتد العدل ولحق بدار الحرب وقضي بلحاقه يعود وكيلا ههنا بخلاف الوكالة المفردة على قول ابي يوسف حيث لا يعود وكيلا والفرق ان الوكالة ههنا لازمة بعقد الرهن بخلاف المفردة والقياس ان لا يبطل الوكالة بموت العدل للزومه كما لا يبطل الرهن لكنه وقع اليأس عن بيعه بالموت الحقيقي ولم يقع اليأس عن بيعه بالموت الحكمي فلم يبطل التسليط بموته في الموت الحكمي لبقا ما شرط فيه اليه اشار في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** ولا وصيه مقامه في الذخيرة مات العدل في الرهن وقد كان وكيلا بالبيع فاوصى رجلا ببيعه لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصي الى ثالث **قوله** قلنا الوكيل حق لازم وللمضارب ولاية التوكيل في حياته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد موته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته والوكالة حق على الموكل فلا يورث عنه لما ان الوراثة انما تجري فيما له لا فيما عليه يوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق للمضارب **قوله** وما رضي اي الراهن ببيعه اي ببيع المرهون بل رضي ببيع الوكيل **قوله** اجبر على بيعه ثم العدل في بيع الرهن بعد حلول الاجل لا يحتاج الى اذن جديد من الراهن وقال الشافعي في الاصح واحمد في المنصوص فاذا طلب المرتهن البيع والراهن غايب اجبر على بيعه وتفسير الجبر ان يحبس اياما حتى يبيع فان لج بعد حبس الامام يجبر الراهن على البيع اذا كان حاضرا فلو ابى الراهن البيع في الزيادات القاضي يبيعه قيل هذا قولهما لا قول ابي حنيفة رحمه الله بناء على بيع مال المديون اذا لم يكن مرهونا وقيل قول الكل لان بيع المرهون صار مستحقا للمرتهن ايفاء لحقه ولا كذلك ساير امواله كذا في الذخيرة **قوله** لما ذكرنا من الوجهين احدهما انه وصف من اوصافه والاخر ان فيه ابواء الحق لما ان المدعي انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل ان يمتنع فيه ويلحق الضرر بالمدعي لان فيه ابطال حقه بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يجبر على البيع لو امتنع لانه لا يتضرر به المرتهن لان الموكل وهو الراهن بنفسه لا يتوى حقه هذا اذا كان التسليط على البيع مشروطا في عقد الرهن وشرط بعد تمام عقد الرهن ذكر شمس الايمة في ظاهر الرواية لا يجبر العدل على البيع لان رضا المرتهن بالرهن تقدم بدون البيع وهو توكيل مستانف **قوله** اعتبارا للوجه الاول وهو ان المرتهن لا يتضرر بامتناعه **قوله** ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل حيث قال فيهما واذا ابى الوكيل عن البيع يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لا قال شيخ

الاسلام وفخر الاسلام وقاضي خان هذه الرواية اصح لان المشروط بعد العقد يلتحق باصل العقد ويصير كالمشروط فيه ولان العلة الاولى ان لم توجد فالثانية قد وجدت وجاز ان يكون معلولا بكل واحد من العلتين وقال الشافعي واحمد لا يجبر الوكيل على البيع وان كان في ضمن الرهن لما ذكرنا ان عندهما غير لازم **قوله** كان من مال المرتهن بنصب مال على انه خبر كان بتقديره كان الثمن التاوي مال المرتهن وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد من ضمان الراهن فالعدل امين بالاتفاق فلا ضمان عليه وقال مالك لا ضمان على العدل ولكن المشتري يرجع على المرتهن ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان وجه قولهما انه وكيل الراهن في البيع وقبض الثمن وكان امينه فاذا تلف كان من ضمان موكله كساير الامنا ولنا ان البيع لاجله وكان الثمن رهنا مقامه فيكون مضمونا على المرتهن كالرهن **قوله** وغرم العاقل قيمته يبقى عند الراهن وقيمته رهنا مكانه فلو هلك هلك من ... وعند الشافعي واحمد من الراهن **قوله** لان المالك يستحقه من حيث المالية يعني ان الضمان وان كان مقابلا بالدم حتى لم يرد على ديته الحر ولكن المولى استحق هذا الضمان بسبب المالية فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المالك فيبقى عقد الرهن كذا في الايضاح **قوله** وضمنه العدل اي ضمان عهدة الاستحقاق على العدل كما في الوكيل وعند الشافعي واحمد على الراهن لان العدل وكيله فيكون الضمان على الموكل كما في الوكالة وقد مر في الوكالة **قوله** وليس له اي للعدل ان يضمنه ان المرتهن غيره اي غير الثمن **قوله** وصح الاقتضا اي قبض المرتهن واستيفاؤه الثمن بدينه **قوله** وان ضمن البايع بعد البيع ايضا لانه اي العدل ملكه باداء الضمان **قوله** فاذا تبين انه اي العدل ملكه لم يكن راضيا به اي لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن فله اي للعدل ان يرجع به اي بالثمن عليه اي على المرتهن واذا رجع بطل الاقتضا اي قبض المرتهن الثمن وانما اداه اي ادى المشتري الثمن اي العدل ليسلم له المبيع **قوله** رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن **قوله** لان المقبوض سلم اي الثمن المقبوض من العدل سلم له اي للمرتهن وان شا اي ان شا العدل رجع على المرتهن **قوله** فيرجع به اي يرجع المرتهن بحقه وهو الدين على الراهن **قوله** فبقي الضمان على الموكل المراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لان البيع وقع لاجله وبالضمان الثمن والمراد بالموكل الراهن وبالضمان الدين وفي الايضاح وفتاوى قاضي خان ولو ان العدل باع الرهن ولم يسلم الثمن الى المرتهن فاستحق العبد او رد بعيب بقضا فالعدل لا يرجع على المرتهن فعلم بهذا ان التعليل الذي ذكره في الكتاب تعليل ما اذا لم يسلم العدل الثمن الى المرتهن **قوله** لا يرجع به على المقتضي اي على القابض **قوله** فيكون البيع لحقه اي لحق المرتهن فاذا كان البيع لحقه وسلم له ذلك جاز ان يلزمه الضمان **قوله** جبر هذا الوكيل اي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالتين **قوله** متعد في حقه اي في حق المستحق بالتسليم اي الراهن بتسليم الرهن والقبض اي المرتهن بقبض الرهن وفي المبسوط والمرتهن غاصب الغاصب في حق المستحق فله ان يضمن ايهما شا **قوله** فقد مات بالدين اي سقط الدين ايضا **قوله** لانه مغرور من جهة الراهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستاجر على الآجر والمودع على المودع كذا في المبسوط ده ابو خازم القاضي بالخاء المعجمة هو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد كذا في المغرب **قوله** او بالاتصال من المرتهن اليه اي الى الراهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار قاضيا فيملكه الراهن بعده من جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن وهذا بخلاف المضاربة حيث لو ظهر مستحق لرأس المال بعد الهلاك وضمن رب المال نفذت المضاربة ولا اشكال فيه وكذا لو ضمن المضارب بعد عقد المضاربة

كما في الرهن لان عقد المضاربة عقد غير لازم وما لا لزوم له يعطى له وامه حكم التجدد واذا صار المضاربة حكم التجدد والعقد على الاستعمال بالتسليم والملك الثابت للراهن على وقت التسليم فلا ينفذ به العقد السابق كذا في جامع المحبوبي **قوله** وقد طولنا الكلام فيه الى اخره في النهاية يحتمل ان يكون من الذي طول الكلام فيه ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة بحكم الغرور وبالدين ثم ظهر العبد بعد ذلك فهو للراهن لان الضمان استقر عليه ولا يكون رهنا لانه قد استحق وبطل الرهن وهذا اشارة الى ما قلنا اذ الملك للراهن انما يقع فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك فلهذا بطل الرهن بالاستحقاق كذا في المبسوط •

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذ عارضه بعد وجوده **قوله** فالبيع موقوف سوا لم يعلم المرتهن بالبيع او علم وكذا ذكر في المبسوط لم يجز البيع وقال في موضع بيع المرهون فاسد وقال في موضع جايز والصحيح انه موقوف وتاويل قوله جايز اي اذا اجازه المرتهن وسلمه اليه واذا فسخه المرتهن ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب وعند الايمة الثلاثة البيع باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن ولو اجازه المرتهن جاز بلا خلاف **قوله** ينتقل حقه اي حق المرتهن الى بدله وهو الثمن الصحيح واحترز به عما روي عن ابي يوسف لو شرط المرتهن عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا يصير الثمن رهنا والا وبه قالت الايمة الثلاثة لان بالاجازة ينعقد البيع ويصير الثمن ملكا للراهن وانه مال اخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا بغير شرط وجه ظاهر الرواية ان المرتهن لم اجاز البيع ونفذ تحول حقه من العين الى ثمنه لان الثمن قائم مقامه سوا شرط او لا والاصل في جنس هذه المسايل ان من تصرف في عين مملوك وقد تعلق به حق الغرما واجاز صاحب الحق تصرفه هل يتعلق حقه ببدله فان كان ما وجب من البدل عما تعلق به حقه يتعلق بالبدل والا لا كالمستاجر اذا اجاز بيع الاجر لا يتعلق حقه بالثمن وكذا الواجرة المرهون باجارة المرتهن لا يتعلق حقه بالاجرة لانها بدل المنفعة وحق المرتهن يتعلق ببدل العين لا ببدل منفعته لانها غير مرهونة كذا في الذخيرة **قوله** فبقي موقوفا في المبسوط لا حق للمرتهن في هذا العقد ولا ضرر في انعقاده فليس له ولاية الفسخ **قوله** وللقاضي ان يفسخ اي البيع فانه لو خوصم وعجز البايع عن تسليمه فانه يفسخ لقطع المنازعة **قوله** لا اليه اي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وقطع المنازعة للقاضي لا للمرتهن كذا في المبسوط **قوله** هذه العقود وهي الاجارة والرهن والهبة في البيع **قوله** ينفذ عتقه وبه قال احمد والشافعي قول والشريك والحسن بن صالح وقال الشافعي في الاصح ان كان الراهن موسرا نفذ وان كان معسرا لا ينفذ وبه قال مالك واحمد في رواية لانه عتق يبطل حق غير المالك فينفذ في الموسر دون المعسر كعتق نصيب له في عبد غير مشترك وقال الشافعي في قول لا ينفذ عتقه موسرا كان او معسرا وبه قال ابو ثور وعطا والبتي لانه يبطل حق الوثيقة من الذهب فلم ينفذ كالبيع قلنا انه اي الراهن مخاطب اي صحيح العقل غير مجنون ولا صبي اعتق ملك نفسه فينفذ كما لو اعتق عبده المستاجر وكما لو اعتق المشترى قبل القبض او اعتق الابق او الموهوب **قوله** بالطريق الاولى مع ان حق المرتهن يبطل ضرورة ببطلان ملك الرقبة لان يبطل اصلا بالاعتاق كما لو اعتق عبدا اجر صح وتبطل الاجارة ضمنا كذا في الاسرار **فان قيل** في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفوذا من العتق حتى ينفذ البيع من المكاتب دون اعتاقه فاذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه اولى **قلنا** البيع يستدعي الملك والقدرة على

التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الابق وهو غير قادر على تسليمه لحق المرتهن ولان للراهن حقيقة الملك وللمرتهن حقه فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها اقوى يوضحه ان نفوذ البيع يعتمد تمام الرضا ولهذا لا ينفذ مع الخيار والكره والهزل اما العتق ينفذ بها فاذا كان عدم الرضا من صاحب الملك لا يمنع نفاذ الاعتاق فعدم رضا صاحب الحق اولى ان لا يمنع **قوله** واعتاق الوارث العبد الموصى الى اخره جواب عما تمسك به الخصم في بعض المواضع انه يلغو اعتاقه مع انه ملكه لان ذلك مصور فيما لم يخرج من الثلث قلنا لا يلغو بل هو موخر الى ادا السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله وذكر في المبسوط مكان هذا اعتاق المريض فقال اعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرما ولكنه يخرج الى الحرية فههنا ايضا ينبغي ان لا يلغو الا ان هناك هو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى وههنا يكون حرا وان لزمته السعاية عند اعتاق الراهن لان العتق في المرض وصية والوصية تتاخر عن الدين الا ان العتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية في قيمته لرد الوصية **قوله** وان كان معسرا في الذخيرة للمرتهن ان يستسعي العبد وينظر في ذلك الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعي في اقلها ثم يرجع العبد على الراهن اذا ايسر ويرجع المرتهن على الراهن ببقية الدين ان فضل الدين على السعاية **قوله** الا اذا كان بخلاف جنس حقه يعني ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن لا يقضي به الدين بل يصارف الى جنس حقه ويقضي به دينه **قوله** نذكره ان شا الله تعالى اي في مسلة استيلاد الامة المرهونة **قوله** ليحصل العتق عنده اي عند ابي حنيفة وقيل لان العبد بما يسعى يتملك نصيب الساكت عوض ما ادى فلا يرجع على احد حتى لا يستحق عوضين بازا مال واحد وعندهما الكل وان عتق لعدم تجزي العتق الا ان الساكت للمعتق ملك لا قرار له فانه كما ملك يزول العبد عن ملكه وما لا قرار له يعتبر ثابتا من وجه دون وجه فيعتبر الملك ثابتا للمعتق في حق نفاذ العتق فاما فيما عداه لا يعتبر ثابتا بل يعتبر ثابتا للساكت ومنتقلا الى العبد فيما ورا نفاذ العتق فاما ههنا ليس للمرتهن ملك انما له مجرد حق وما له من الحق لم يصر للعبد لانه مما لا يقبل النقل من ملك الى ملك بالضمان واذا لم يصر ما للمرتهن من الحق للعبد لم يحصل له عوض بازا ما ادى فكان له الرجوع بما ادى على الراهن كالوارث اذا ادى دين الميت من ماله كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** في حالة واحدة وهي حالة الاعسار واظهار النقصان رتبته اي رتبة حق المرتهن عن رتبة حق الشريك الساكت لان له حقيقة الملك في العبد وللمرتهن حق وهذا كما قلنا ان الراهن اذا كان معسرا يسعى العبد ويرجع ولو سعى العبد المشترك لا يرجع لتظهر الملك على الحق اليه اشار في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** الا رواية عن ابي يوسف حيث يقول يسعى في قيمته للبايع ثم يرجع بها على المشتري اذا ايسر كالمرهون اذا اعتقه الراهن لانه محبوس عن البايع بحق دينه وجه ظاهر الرواية ان حق البايع في الحبس ضعيف حتى يبطل حقه في الاعارة من المشتري ولا يملكه في الاجرة ولم يتعلق الاستيفا بهذا المحل وانما يثبت له حق الحبس ليستوفي من محل اخر وحق المرتهن قوي حتى لا يبطل بالاعارة من الواهب ويمكنه من الاسترداد وله يد الاستيفا في هذا المحل وينقلب حقه بالهلاك **قوله** يتعلق حقه اي حق المرتهن ملكا اي في حالة الهلاك وحق البايع لا يصير ملكا من جهة المشتري بحال **قوله** لسوينا بين الحقين الضعيف والقوي وذلك لا يجوز لان هذا امر يأباه العقول اليه اشار شيخ الاسلام ثم اعتقه اي المولى المقر بالرهن وهو معسر لزمته السعاية عندنا خلافا لزفر **قوله** وكذا عنده اي عند الشافعي وبه قال مالك واحمد ويبقى رهنا مدبرا ونص الشافعي على ان التدبير موقوف فان حلف تركة تقضي الدين وعتق المدبر بالتدبير وقال بعض اصحابه

ان الذي بر مبني على عين المرهون صح الاستيلاد بالاتفاق وبه قال ملك واحمد سوا كان الراهن
موسرا او معسرا وللشافعي الاقوال المذكورة في الاعتاق الا انه اذا قال لا ينفذ الاعتاق فاما
هو في حق المرتهن اما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز ان يهبها للمرتهن **قوله** واذا صحا اي الاستيلاد والتدبير
خرجا من الرهن وبه قال ملك في رواية واحمد وعند الشافعي يبقى مدبرا وبه قال مالك في رواية
قوله وكذلك لو استهلك الرهن اي يضمن وهو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها ولا
خلاف فيه **قوله** والمرتهن هو الخصم في تضمينه وقال الشافعي واحمد وغيرهما الراهن هو الخصم في
تضمينه لانه مالكه والارش الواجب بالجناية ملكه وانما للمرتهن حق الوثيقة وصار كالعبد المستاجر
والمودع حتى لو كانت الجناية موجبة للقصاص لسيده استيفاؤه فاذا استوفى لم يجب عليه شي
وبه قال احمد في رواية وقال في رواية اخذ منه قيمة اقلهما قيمة فيجعل مكانه رهنا وان كانت موجبة
للمال يكون الارش رهنا مكانه وقلنا ان المرتهن احق في المبدل وهو عين الرهن فيكون احق ببدله
فيها الخصومة واسترداده **قوله** والواجب على هذا المستهلك قيد به احترازا عن استهلاك
المرتهن فان عليه قيمته يوم قبضه كما مر وكذلك في الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك
قوله وهو على صفة القيمة اي في الجنسية والجودة **قوله** وان نقصت اي قيمة الرهن **قوله** لا
تراجع السعر هذا جواب اشكال وهو ان يقال لو سقط بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع
السعر ولا اثر لتراجع السعر في اسقاط شي من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع
السعر فقد ذكر في المبسوط بتراجع السعر لو انتقص لا يسقط شي من الدين كما في المبيع في يد البايع لو انتقص
سعره لا يخير المشتري لان تغير السعر لا يوثر في العين وانما هو رغبات الناس فلا يوثر في اعتبار الزيادة
والنقصان **قوله** واذا اعار المرتهن الى اخره في استعمال لفظ الاعارة ههنا تسامح اذ الاعارة تمليك
المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملك منافع العين فكيف يتحقق منه الاعارة لكن لما عومل معاملة الاعارة
ههنا في حق الاسترداد وعدم الضمان اطلق اسم الاعارة عليه **قوله** لمنافاة بين يد الاعارة و
الرهن اذ يد الرهن يد ضمان ويد العارية لا **فان قيل** الرهن لازم ومضمون والعارية غير
لازمة وغير مضمونة فالمضمون اللازم اقوى فينبغي ان يرجح يد الراهن **قلنا** ما رجحنا جانب العارية
بل رجحنا جانب الرهن لذلك الوجهين ولكنا ازلنا الضمان عنه لان فيه عملا بالدليلين وفي الذي قلتم
ترك العمل باحدهما لانا لو اثبتنا حكم العارية نفى حكم الرهن اذ الضمان ليس بلازم للرهن على ما ذكر
في الكتاب فاثبتنا حكم الرهن حتى يجوز استرداده فازلنا الضمان عملا بيد العارية ليمكننا العمل
بالوجهين **قوله** ليس بلازمة والرهن لازم والشي لا يتضمن ما هو فوقه **قوله** من اجنبي قيد
بالاجنبي لانه لو اعاره الى الراهن واجره منه او اودعه عنده كان للمرتهن ان يسترده والاجارة باطلة
كذا في فتاوى قاضيخان وغيره **قوله** خرج عن الرهن وفي المبسوط واذا خرج عن الرهن بالاجارة
كانت الغلة للراهن لانه بدل ما لم يثبت فيه حق المرتهن وهو المنفعة بخلاف الثمن في البيع فانه بدل
ما ثبت فيه حق المرتهن وهو المنفعة بخلاف الثمن في البيع فانه بدل ما ثبت فيه حق المرتهن فيتحول
حقه اليه وكان الثمن رهنا قبضه من المشتري او لا حتى لو هلك الثمن توى من المرتهن وللمرتهن ان
يحبس الثمن اذا كان دينه موجلا الى وقت حلوله وكذا في فتاوى قاضيخان **قوله** اسوة للغرماء اي
اي مساويا لهم في المرهون ولا نعلم فيه خلافا لبطلان عقد الرهن بهذه العقود اذا كانت باذن المرتهن
قوله تعلق بالرهن اي بالمرهون **قوله** اما بالعارية لم يتعلق حق لازم سوا كانت العارية من الراهن
او من غيره وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة وفي الذخيرة بيد العارية ينعدم ضمان

الرهن ولا يرتفع عقد الرهن سوا كان المستعير راهنا او اجنبيا او مرتهنا وكذا بيد الوديعة لا يرتفع
عقد الرهن وبيد الاجارة والرهن يرتفع عقد الرهن ولو اجره الراهن من المرتهن كانت الاجارة باطلة
وهو بمنزلة ما لو اعاره او اودعه وفي الايضاح اجره من المرتهن خرج من الرهن ولم يعد الى الرهن
ابدا الا ان الاجارة عقد لازم فاذا الزم العقد انتفى الرهن **قوله** لتنافي يد الرهن ونفي ضمانه لارتفاع
يد العارية فظهر الضمان لما بيناه اي في العارية ولو اختلفا في وقت الهلاك فقال المرتهن هلك في
حالة الاستعمال وقال الراهن في غير حالة الاستعمال فالقول للمرتهن والبينة للراهن كذا في
فتاوى قاضيخان **قوله** ومن استعار من غيره ثوبا الى اخره قال ابن المنذر اجمع اهل العلم على
ان من استعار شيا ليرهنه بدين معلوم جاز ولو عين قدرا او جنسا او مرتهنا او بلدا فخالف لم يصح الرهن
اما لو اطلق الاستعارة والاذن في الرهن من غير تعيين يجوز عند العلما الا في قول من الشافعي انه لا يجوز حتى
يبين نوعه وصفته وحلوله وتاجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيده والعارية ما افادته
المنفعة انما حصلت له نفعا بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح ه
وللعامة انها عارية فلم يشترط ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن فكان قصده هو العارية كقبضه للخدمة
قوله انه ضمان غير صحيح لان الضمان ثبت في الذمة وهذا يثبت في العين **فان قيل** لو كان عارية
لما صح رهنه لان العارية غير لازمة والرهن لازم **قلنا** هذه غير لازمة من جهة المستعير حتى كان له
مطالبة المستعير بفكاكه قبل حلول الدين مع ان غير اللازم قد يكون لازما في ضمن اللازم **قوله** فيعتبر
بالتبرع الى اخره يعني صار هذا كما لو اذن لانسان ان يقضي دينا عليه بماله فاذن له كان صحيحا فكذا هذا كذا
في الايضاح **قوله** ثبوتا للمرتهن اي حبس للمرتهن ملك اليد ولم يثبت ملك العين **قوله** وزوالا في
حق البايع يعني لو باع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري يزول يده لا ملكه **قوله** والاطلاق يعني اذا اطلق الاعارة
في الرهن ولم يسم ما يرهنه به قدرا وصفة ومرتهنا جاز للمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير وباي
جنس شا وباي شخص شا لان الاطلاق واجب الرعاية الا بدليل يخصصه وهذا الاطلاق لا يفضي الى
المنازعة بمنزلة الاعارة للانتفاع مطلقا خصوصا في الاعارة لان مبناها على المسامحة **قوله** وهو
اي تقييد المعير وتعيينه **قوله** وسعي النقصان مثلا انه بان يرهن بماية فرهن بخمسين لا يجوز رهنه وقال
احمد يجوز لان من اذن بماية فقد اذن بخمسين وقال في الزيادة يصح بقدر الماذون لا في الزيادة في وجه لان
العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما يجوز وقال في وجه بطل في الكل كقول العامة لانه خالف
المنصوص عليه **قوله** لان غرضه اي غرض المعير ان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع
هو عليه اي على المستعير **قوله** واذا خالف اي المستعير كان ضامنا اي قيمة الشي المستعار للرهن
لانه صار غاصبا حيث تصرف فيه بغير اذن صاحبه وللمعير ان ياخذه من المرتهن لان الرهن لم يصح **قوله**
وقد بيناه في الاستحقاق اي استحقاق الرهن في يد المرتهن وتضمينه فانه يرجع بالدين وبما ضمن **قوله**
ووجب مثله لرب الثوب اي مثل ما تم به الاستيفا وهو مقدار الدين لا مثل قيمة الثوب لان ما زاد على
قدر الدين عند الهلاك هلك امانة اذا وافق المستعير لما شرط المعير فيه كذا في الذخيرة والايضاح
لانه اي المعير صار قاضيا دينه اي دين المستعير بماله لانه لما استعاره فقد امره بقضاء دينه من ماله والمامور
بقضاء الدين يرجع على الامر اذا قضى وفي الايضاح والمعير بمنزلة رجل اذن لاخر ان يقضي دينه من وديعة
عنده فما قضى صار مضمونا وما لم يقض فهو امانة في يده **قوله** على ما بينا وهو انه صار قاضيا دينه
بماله بهذا القدر **قوله** لما بينا راجع الى هذا ايضا **قوله** جبرا عن الراهن بغير رضاه **قوله** ولهذا
يرجع الى اخره في النهاية هذا غير جار على اطلاقه ولا بد هنا من قيد معناه يرجع بما ادى اذا كان مما اداه

بقدر الدين لا ما اكثر منه بيانه قيمة الرهن الف ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين يرجع على الراهن
بقدر الدين وهو الف ولا يرجع بالاكثر من الالف لانه لو هلك لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك فكذلك
اذا افتكه وكان متبرعا بالزيادة **فان قيل** هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفا جميع الدين
فلم يكن متبرعا **قلنا** الضمان على المستعير باعتبار ايفا الدين من ملكه وكان الضمان بقدر ما يتحقق
الايفا كذا في الايضاح **قوله** ولو اختلفا اى المعير والمستعير في ذلك فقال المعير هلك في يد
المرتهن وقال المستعير وهو الراهن هلك قبل ان رهنه او بعد ما افتكه فالقول للراهن وهو المستعير
مع يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بايفا الدين منه وهو منكر الايفا **فان قيل** قد صار
مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالانفكاك فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كالغاصب
يدعي المغصوب **قلنا** الرهن باذن المالك ليس بموجب للضمان على احد وانما الموجب للضمان
فراغ ذمة المستعير عن الدين بسبب مالية الرهن وما لم يثبت الفراغ لم يجب الضمان الا ترى انه بذلك
القدر يستوجب الرجوع عليه وبالرهن لا يحصل شي من ذلك فكان دعواه الهلاك بعد الفكاك ودعواه
الهلاك قبل الرهن في هذا المعنى سوا وفي بعض النسخ ولو اختلفا في ذلك اي في قوله كما اختلف في مقدار
ما امر به ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امر الى اخره بلفظ لو لا بلفظ كما يختلف الغرض اذ
في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني القول للمعير فكيف يصح التشبيه به **قوله** في
انكار اصله اى العارية بتاويل عقد العارية **قوله** يضمن قدر اى المرتهن يضمن قدر الموعود لما
بينا اى في باب ما يجوز ارتهانه ان الموعود كالموجود وقد بينا الخلاف فيه **قوله** بمثله اى بمثل
قدر الموعود باستيفايه اى باستيفا الراهن كسلامته براة ذمته اى ذمة الراهن يعني اذا كانت
ذمة الراهن مشغولة بدين المرتهن بهلاك الرهن يسقط الدين بطريق المقاصة ولا يصير ذلك كذلك
الا بان يصير مالية الرهن للراهن ليصير ماله قصاصا بما عليه وعند ذلك جاز للمعير ان يرجع بما سلم
له فكذلك ههنا يرجع عليه بما سلم له من استيفايه من المرتهن **قوله** كاسترداد الدين لان المعير
بالاعتاق صار مستردا العبد من المرتهن ثم المرتهن بالتضمين صار مستردا قيمة العبد من المعير فيكون
رهنا عنده لانها بدل لما ان حق المرتهن تعلق بماليته برضا المعير وقد استهلكه بالاعتاق فهو كما
لو استهلكه بالاتلاف وهو في هذا الحكم كالاجنبي **قوله** فلا ضمان على الراهن في المبسوط
لا ضمان على الراهن والمرتهن من الالف يرده على مولى العبد وهو المعير وهو رواية ابي حفص وقال
عيسى هذا خطا ولكن الصحيح ان الراهن ضامن للالف للمعير صاحب العبد والمرتهن ضامن للالف للراهن
لان الرهن لما هلك في يد المرتهن تم الاستيفا وعلى المرتهن رد ما استوفى وانما استوفاه من الراهن
فيرده عليه والراهن صار قاضيا دينه بملك الغير فيغرم مثله قال الحاكم ويحتمل ان يكون اراد
بقوله لا ضمان على الراهن ضمان القيمة لانه لا يخلو منه خلاف بترك استرداد الرهن مع رضا
الدين خلاف ما لو استرده ثم دفعه الى المرتهن يكون ضامنا قيمته بخلاف بالتسليم الى الاجنبي قال
ورايت جواب هذه المسلة في رواية ابي جعفر ان المرتهن ضامن الالف يردها على الراهن ويردها
الراهن على مولى العبد ولم يقل لا ضمان على الراهن وهو الاصح كما قال عيسى وهو رواية ابي سليمان
فانه اى الراهن كان امينا خالف اى بالاستخدام والركوب ثم عاد الى الوفاق بالرهن فيبرا عن الضمان
قوله اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر اى بتسليم الرهن الى المرتهن وهذا في الحقيقة
جواب عن شبهة ترد على قوله استخدم العبد ثم رهنه فلا ضمان وهي ان المستعير اذا خالف ثم عاد
الى الوفاق لم يبرا عن الضمان على اختيار شمس الايمة السرخسي وعند شيخ الاسلام يبرا فعلى اختيار

شمس الايمة ينبغي ان يضمن فقال اما المستعير في الرهن فيحصل الى اخره فكانت نظير مسلة الوديعة
لانه لما كان في رهنه تحصيل مقصود المعير فكان رده الى المرتهن كرده على المعير حكما فيبرا عن الضمان
كذا في المبسوط **فان قيل** يشكل على هذا اما لو استعمله بعد فكاك الرهن ثم ترك الاستعمال
ثم هلك بافة اخرى لا ضمان عليه ايضا مع انه لم يوجد الرد بعد الاستعمال الى المعير ولا الى
المرتهن الذي هو نايب المعير في تحقيق مقصوده **قلنا** المستعير بعد الفكاك مودع والمودع
يبرا بالعود الى الوفاق اليه اشار في الذخيره وفيه نوع تامل هذا على اختيار شمس الايمة لا على
اختيار شيخ الاسلام لان عنده المستعير يبرا بالعود الى الوفاق كالمودع **قوله** حق لازم محترم ومعنى
المحترم ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله ولا نعلم فيه خلافا **قوله** والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال وهي ما اذا كانت خطا في النفس او فيما دونها اما ما يوجب القصاص فيعتبر بالاجماع
ولا نعلم فيه خلافا **قوله** اما الوفاقيه وهي مسلة جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية
المملوك على المالك فيما يوجب المال فيكون هدرا الا انه لو جنى على غيره كان المستحق ملك المولى وما
فيه فاذا جنى عليه لا يجب له الاستحقاق على نفسه بخلاف الجناية الموجبة للقصاص والمستحق به دمه
والمولى في دمه كاجنبي ولهذا لو اقر المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص كان باطلا وبالجناية الموجبة
للمال صحيحا واقراره على نفسه بالموجبة للقصاص صحيح وبالجناية الموجبة للمال باطل **قوله** حتى
يكون الكفن عليه اى على الغاصب وحاصله ان ضمان الغصب اذا تقرر وجب الملك فاذا اعتبرنا
جنايته على المغصوب منه واستقر الضمان على الغاصب ثبت الملك له من وقت الغصب وتبين ان
العبد جنى على غير مالكه فتعتبر اما ضمان الرهن ان تقرر على المرتهن لا يوجب الملك في العين ولا تبين
به ان جنايته على غير مالكه فكان هدرا يعني المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن
حيث ان عينه امانة كالوديعة فلاعتبار انه امانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرا ومن حيث
انه كالمغصوب من وجه يجعل جنايته على الغاصب هدرا وفي الاعتبار فايدة والاصل في جناية بني
ادم الاعتبار اذا كان في اعتبارها فايدة وههنا فايدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع وللمرتهن غرض
صحيح في تملك العبد وان سقط الدين لان ضمان الدين لا يثبت له الملك في العين وربما يكون بقاء
الدين مع التزام الفدا انفع له ففي اثبات الخيار له توفير النظر عليه وبه فارق ما لو جنى على مال
المرتهن لانه لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها الملك ولكن المستحق بالدين ماليته
ليباع العبد به وذلك مستحق له بدينه فلا فايدة في اعتبار جنايته على ماله فلهذا لا يعتبر قوله ثم ان شا
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن اى بالدفع وهذا التفريع على قولهما **قوله** كان عليه اى على المرتهن
التطهير من الجناية الى اخره يعني هو مخاطب ايضا بالدفع او الفدا لان الرهن في ضمانه فلو اوجبنا
الضمان له واوجبنا عليه التطهير والتخليص بالدفع او الفدا فلم يكن في اعتبارها فايدة وذلك
ان المرتهن اذا كانت قيمة الرهن مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته الا ترى انه لو جنى على غيره
كان الفدا على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا يمكن اعتبار
جنايته لمنفعته **قوله** لانه اى المرتهن لا يملك العبد لما ذكرنا انه يستحق بالدين مالية العبد
ليباع فيه وذلك مستحق له بدينه **قوله** فعن ابي حنيفة رحمه الله يعتبر بقدر الامانة في المبسوط
لو كانت قيمته الفان والدين الف فجنى على المرتهن او رفيقه قيل للراهن ادفعه او افده اما على
قولهما فغير مشكل واما على قول ابي حنيفة فجنايته ههنا معتبرة في ظاهر الرواية وروى ابو
يوسف عن ابي حنيفة انه لا يعتبر لان الكل محبوس بحق المرتهن فلا يعتبر جنايته عليه وجه الظاهر

ان النصف منه امانه ههنا ولا بد من اعتبار جنايته على المرتهن في ذلك النصف لانه بمنزلة الوديعه
وجناية الوديعه على المودع معتبرة ولو جنى على اجنبي كان الفدا في هذا النصف على الراهن فاذا
جنى على المرتهن وفي اعتبار جنايته فايدة معتبر ثم التخريج على الظاهر انه يقال للراهن ادفعه او افده
لانه هو المالك فان دفعه وقبل المرتهن صار عبدا له وسقط الدين لان ملك الراهن بفعل باشره
العبد وضمان المرتهن فيكون كالهالك في يده في حكم سقوط الدين كما لو جنى على اجنبي ودفعاه به
وان فداه كان على الراهن نصف الفدا حصه الامانه وعلى المرتهن نصف الفدا حصه المضمون
فيسقط حقه لانه لا يستوجب على نفسه دينا ويستوفي من الراهن حصته من الفدا ويكون
الفدا رهنا على حاله لان اعتبار الجنايه لحقه فاذا سقط حقه بقي مرهونا على حاله **قوله** لان
الاملاك حقيقة متباينه من الاب والابن فصار كالجنايه على الاجنبي وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يعتبر جنايته على ابن الراهن ولا على ابن المرتهن اذا كان هو المستحق لتركة ابنه لانه لو وجب الارش
ههنا لوجب له فيكون بمنزلة جنايته على نفسه فكما لا يعتبر ذلك لخلوه من الفايده لا يعتبر جنايته على
ابن احدهما اذا كان هو مستحقا لتركة ابيه وجه الظاهر وهو الصحيح ان المعنى الذي يستدعي اهدار
موجب الجناية وقوعها عن المملوك على المالك او كون العبد الجاني في ضمانه وقد فقد في حق الابن
فكانت جنايته عليه كجنايته على الاجنبي **قوله** من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين حتى يطالب
الراهن بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن و **قوله** حتى لا يراد على ديه الحر تنتيجه قوله
كان مقابلا كالدم و **قوله** لان المولى استحقه بسبب الماليه دليل قوله لانه بدل الماليه في حق المستحق
قوله لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف اي الف الدين بمقابلة ما به الرهن وهي المايه التي غرمها
الحر بعد الرهن وجعلت رهنا مكان العبد المقتول وهذا هو الفصل الذي يستدل به زفر وقلنا
ذلك باعتبار الربا لان المايه لا يجوز ان يكون بمقابلتها اكثر من مايه للربا ولذلك لا يتصور استيفا
جميع الدين بمقابله المايه فلهذا لو كان القاتل عبدا قيمته مايه فدفع مكانه يكون رهنا بالالف
كالاول عندنا على ما يجي لان ذلك يجوز ان يكون بمقابلته الف درهم سرا فلذلك حسابا للدين وتوهم
استيفا جميع الدين من ماليته بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة ثم اعتبر فانه
يبقى جميع الدين باعتباره لانه يتوهم استيفا جميع الدين منه بان يعز الدنانير حتى يبلغ قيمتها الفا
كذا في المبسوط **قوله** وان قتله عبد قيمته مايه انه اي قتل العبد الذي كان يساوي الفا بالف
في ابتدا الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته الى مايه فقتله عبد فدفع مكانه افتكه بجميع الدين من غير
خيار عندهما وقول محمد وزفر مذكور في المتن **قوله** وقال محمد هو بالخيار اي الراهن بالخيار **قوله**
سقى الدين بقدره اي بقدر عشر الدين و **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ان نقصان السعر عبارة عن
فتور رغبات الناس الى اخره **قوله** كالمبيع اذا قتل في يد البايع فدفع القاتل مكانه وقيد فيهما بالقتل
لان سعرهما لو نقص من وقت البيع والغصب لا خيار للمشتري والمغصوب منه بل ياخذهما من غير خيار
اما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما تخير المشتري بين ان ياخذ المدفوع بكل الثمن او يفسخ البيع وفي الغصب
تخير المالك بين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وبين ان ياخذ المدفوع كذا في الايضاح وجامع المحبوبي
قوله وامدا اي جعل الرهن بالدين منسوخ لقوله عليه الصلاه والسلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا واردنا
به ما قلنا وقد مر **قوله** فضمان الجنايه الى المرتهن اي قيمته والدين سوا الا قيمته لو كانت اكثر من الدين
ذكر بعد ثم لا خلاف للعلما ان الجنايه متقدمه على حق المرتهن كما ان الجنايه متقدمه على حق المالك
والرهن لا يكون اقوى من حق المالك ثم الجنايه ان كانت موجبة للقصاص يستوفيه ولي الجنايه ويسقط

الرهن بالاستيفا

الرهن بالاستيفا كما لو تلف في يد المرتهن ولو كانت موجبة للمال فعنده يطالب المرتهن بالفدا وعند الشافعي
واحمد يطالب الراهن بالدفع او الفدا لانه هو المالك فان امتنع قيل للمرتهن انت مخير بين فدايه وبين
تسليمه فان اختار فداه يفديه باقل من قيمته وارش الجنايه كالمالك ولو فداه باذن الراهن رجع
عليه لانه ادى الحق باذنه كما لو قضى دينه باذنه وفي شرط الرجوع اذا قضى باذنه قولان كما في
قضا دين غيره ولو فداه بغير اذنه لا يرجع وقلنا لا يرجع على الراهن بشي سوا فداه باذنه او بغير
اذنه لان الجنايه حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها **قوله** ولو ابى المرتهن الى اخره وانما بدا
بالمرتهن لانا لو خاطبنا الراهن فمن الجايز ان يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان له ان يقول
انا افدي حتى اصلح رهني **قوله** وهو الفدا اي العوض الذي على المرتهن الفدا واذا كان على
المرتهن الفدا وقد اداه الراهن يجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجنايه وللمرتهن على الراهن
دين فالتقيا قصاصا فسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن متبرعا في ادا الفدا لانه يسعى في تخليص ملكه
كمعير الرهن **قوله** وحق ولي الجنايه مقدم وحق اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي
الجناية ايضا حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجنايه ثم يباع لهما على ما ياتي في جنايه المملوك في
الديات لتقدمه اي لتقدم دين العبد على حق المولي فاذا كان مقدما على حق المولي يكون مقدما على
حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجنايه لان المرتهن يقوم مقام المولي في الماليه وولي الجنايه
مقام المولي في ملك العين **قوله** وما فضل من دين العبد اي وما فضل من ثمن العبد من دينه يبقى هنا
كما كان **قوله** فما اخر البائي الى ما بعد العتق ثم اذا ادى العبد الباقي بعد العتق لا يرجع اي بما ادى **قوله**
بعد لهما اي للراهن والمرتهن افديا **قوله** اشارة الى قوله لان الدفع تمليك وهو لا يملك التمليك
وانما منه اي من المرتهن الرضا اي بالدفع والدفع لا يسقط الدين بل يحفظه حق نفسه **قوله** فان تشاحا
اي الراهن والمرتهن فقال احدهما انا افدي **قوله** وله اي للراهن في الفدا غرض صحيح وهو استيفا
الرقبه بالفدا **قوله** وستبين القولين اي بعد الخطوط في قوله ولو كان المرتهن يدعي والرهن حاضر
الى اخره **قوله** فلم يجعل الراهن في الفدا متطوعا لانه قصد به تطهير ملكه عن الجنايه وهو يحتاج الى
ذلك فلا يكون متبرعا في نصيب المرتهن كمعير الرهن اذا قضى الدين ثم ان رد عليه المرتهن نصف الفدا
بقي العبد مرهونا كما لو فداه به وان ابى ذلك فقد خرج من الرهن لان المرتهن حين ابى الفدا فقد رضي
بتواه فيجعل في حقه كانه هلك كذا في المبسوط **قوله** وان كان غايبا اي غيبه منقطعه ذكره في الاسرار
قوله وهذا اي قول ابي حنيفه وروى زفر عن ابي حنيفة عكس هذا وهو ان الراهن اذا كان حاضرا لا
يكون متطوعا وان كان غايبا كان متطوعا ووجهه ان في حال غيبة الراهن لا حاجه له الى الفدا لان المجني عليه
لا يخاطبه بالفدا ولا يتمكن من اخذ العبد عنه ما لم يحضر الراهن فكان متبرعا في الفدا اما في حال حضرته
فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع او الفدا فلا يتصور المرتهن الى استدامه يده الا بالفدا فلا يكون متبرعا كصاحب
العلو اذا بنى السفل لا يكون متبرعا في حق صاحب السفل فهذا مثله كذا في المبسوط **قوله** في الوجهين
اي الحضور والغيبه وبه قالت الايمه الثلاثه لانه استيفا اي اخذ الرهن استيفا الدين والوصي
يملكه وكذا لو كان الميت هو الذي ارهن فوصيه يقوم مقامه في امساكه الا انه لا يبيعه بلا اذن
الراهن لان التسلط على البيع بطل بموت المرتهن اذا الراهن انما رضي برايه لا براي غيره في البيع كذا في
المبسوط

فصل هذا الفصل مقام فصل المتفرقات وهو موخر

عادة **قوله** هو رهن بعشره هذا اذا لم ينتقص شي من كيله اما اذا انتقص يسقط من الدين بقدره
فاما اذا بقي الكل على حاله وانتقص قيمته لا يسقط شي منه لان الفايت مجرد وصف وبفوات مجرد الوصف

في المكيلات والموزونات لا يسقط شي من الدين عندهم وانما يتخير الراهن كما في القلب اذا انكسر وحاصله
ان رهن العصير جائز كبيعه بلا خلاف فاذا تخمر وهما مسلمان يفسد الرهن بلا خلاف كالمسلم يشتري عصيرا
فتخمر قبل القبض يفسد الشرا فاذا فسد الرهن فللمرتهن ان يخللها وليس للراهن ان يمنعه منه بالاسترداد
لان بحدوث الخمرية تعذرت المالية والتقوم في حق المسلم بحيث لا يضمن بالاتلاف وذلك مسقط للدين
الا ان المرتهن متمكن من اعادة المالية بالتخليل فلا يكون للراهن ان يبطل عليه ذلك باخذها فاذا خللها
المرتهن او صارت خلا فقد عادت المالية ويعود حكم الرهن عندنا ومالك وعند الشافعي واحمد
لا يعود بالتخليل ويعود بان صار خلا بنفسه كما في الشرا اذا تخمر قبل القبض ثم تخلل يعود حكم البيع
اما لو كانا كافرين يبقى الرهن بتخمره لبقا ماليته عندهما ولو كان الراهن مسلما والمرتهن كافرا فتخمر
يفسد الرهن لخروجه من ان يكون محلا للرهن في حق الراهن وللمرتهن ان يخللها كما لو كانا مسلمين
ولو كان الراهن كافرا والمرتهن مسلما فله ان ياخذ الرهن والدين على حاله وليس للمسلم ان يخللها لبقا
المالية في حق الراهن وقد يفسد العقد لان الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود كالمقترن
باصل العقد والمسلم لو ارتهن خمر الراهن كافر لا يصح فكذا اذا تخمر عصيره ولو خللها مسلم يضمن قيمتها يوم
خللها لانه صار غاصبا بما صنع فصار كما لو غصبها فيضمن قيمتها والخل له وعند الايمة الثلاثة لا يضمن
لانه خمر كما كان ويعد ما وجب عليه قيمته يقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة
ان كان قيمة الخمر يوم خللها اقل من دينه وصارت المسئلة على اربعة اوجه بالقسمة العقلية كذا
في مبسوط شيخ الاسلام وجامع المحبوبي **قوله** فهو رهن بدرهم هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن
درهما اما لو كانت درهمين فهو رهن بدرهمين وانما يعرف ذلك اذا نظر الى قيمة الشاة حية والى
قيمتها مسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة علمنا ان قيمة الجلد درهم يوم الرهن
لان بازا كل درهم من الشاة درهم من الدين وان كانت قيمتها حية عشرة ومسلوخة ثمانية علمنا ان قيمة
الجلد درهمان فيكون رهنا بدرهمين وانما يعتبر اي قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة لان
الاصل ان قيمة الرهن تعتبر يوم الارتهان ثم هذا الذي ذكره محمد ان الجلد يصير رهنا بحصته من الدين لا يشكل
اذا حصل دبغ الجلد بشي لا قيمة له كالشمس والتتريب اما لو حصل بما له قيمة ثبت للمرتهن حق حبس الرهن
بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشي له قيمة فانما يستحق الحبس بدين حادث يجب
له على الراهن فهل يبطل الرهن الاول ام لا قال الهندواني فيه قولان احدهما يبطل ويصير الجلد
رهنا بقيمة الدباغ حتى لو ادى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه اخذ الجلد لانه صار مرهونا بالدين الثاني
حكما ولو صار مرهونا بالدين الثاني حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول
فكذا حكما والقول الثاني لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشي انما يبطل بما هو مثله او فوقه لا بما دونه
كالبيع ينفسخ بالبيع فاكثر ولا ينفسخ بالرهن والاجارة فههنا الرهن الثاني دون الاول لان الجلد يصير
رهنا بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدبغ وتلك المالية تبع للجلد فانه وصف له والرهن الاول
بمال هو اصل بنفسه غير تبع لغيره فيكون اقوى فلم يرتفع بالثاني وثبت الرهن الثاني لتحقق سببه فانه
لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن فاذا كان دون الاول لم يرتفع الاول وبطل الثاني
كذا في مبسوط شيخ الاسلام وجامع المحبوبي وفي الكافي لو اوفى الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود رهنا
عندنا كما كان وعند زفر لا يعود رهنا بل ملكا للمرتهن كما في الغصب وقلنا الراهن لا يملك بالدين بل يتقرر
بقبضه الاستيفا من وجه وتم بالهلاك فاذا عاد ظهر انه لم يتم الاستيفا فبقي محبوسا بالدين **قوله**
ويكون رهنا مع الاصل وفي المحيط والمبسوط الاصل عندنا ان كل ما يتولد من عين الرهن كالولد والثمر

يسري حكم الرهن اليه لانها ملكا بسبب حادث غير متولد من الاصل وبقولنا قال الثوري
وقال احمد المتولد منه وما حدث بسبب حادث كالغلة والكسب يدخل الكل وبهذا قال
النخعي والشعبي لان الرهن عقد يستتبع النما فيستتبع الكسب كالشرا وقال مالك يدخل الولد خاصة
دون غيره لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد ام الولد وقال الشافعي وابو ثور وابو
المنذر لا يدخل في الرهن شي من النما المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالاصل فيستوفى من ثمنه
فلا يسري الى غيره كحق الجناية حتى قال الشافعي لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج خارج من الرهن
وخالفه ابو ثور وابن المنذر ومن حجتهم ايضا قوله عليه الصلاة والسلام الرهن من راهنه له غنمه
وعليه غرمه والنما غنم فيكون من الراهن ولان النما عين من اعيان مال الراهن لم يعقد عليها
عقد رهن فلم يكن رهنا كسائر ماله ولنا ان حكم الرهن متأكد في الاصل فيسري الى الولد ولهذا
قال الفقها الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في
الامهات فيسري الى الاولاد ولا يلزم على هذا الاصل ولد المغصوبة وولد المستاجرة وولد
المنكوحة وولد الموصى بها بالخدمة وولد الجانية وولد التي يجب حق الزكاة فيها بعد الحول
وكذا ولد التي كفلت حيث لا تسري هذه الاحكام الى الولد لان المراد بالاوصاف القارة في
الامهات الاوصاف التي تثبت في الام في محلها لكونها مبيعة وحرة وقنة ومدبرة ومكاتبة
ومرهونة لا الاوصاف التي ثبتت في ذمتها كما في كفالة الحرة ولا في ذمة مالك الام كما في
الزكاة وان يكون الولد صالحا لحكم ذلك الوصف كالبيع والتحرير والكتابة والتدبير والرهن اما
الولد لا يثبت حكم الغصب فيه عندنا لانعدام سبب الغصب وهو القبض مقصودا كما ذكرنا في الغصب
وكذا لا ينفصل حكم الاجارة لان حق المستاجر في المنفعة لا في العين فلا يكون متأكدا وكذا ولد المنكوحة
لا ينفصل الحل في حق الزوج وكذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحا للخدمة حتى ينفصل وكذا الجناية
والدفع بها غير لازم لان من عليه الجناية ينفرد بابطال الحق عن العين باختيار الفدا كذا في المبسوط
ومعنى قوله حق لازم اي متأكد بخلاف حق ولي الجناية في الامة كما ذكرنا واما الحديث فقد ذكرنا تأويله
ولئن سلم فنقول به ان النما ملكه لكن حق الرهن متعلق ولا منافاة والفرق بينه وبين سائر اموال الراهن
ان النما تبع فيثبت حكم الاصل فيه بخلاف سائر الاموال وحق الجناية يثبت بغير رضا المالك وعقد
الرهن برضاه ولانه غير متأكد كما ذكرنا **قوله** لانها لم تدخل اي الاتباع لم تدخل في العقود
مقصودا الولد المبيع فانه يصير مبيعا تبعا ولا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض
عندنا فكذا في الرهن اذا صار مقصودا بالفكاك فلا يكون له حصة من الضمان قبله كذا في المحيط
والايضاح وفي زيادات قاضي خان انما يقسم الدين في الحال على الاصل والتبع بناء على الظاهر اذ
الظاهر بقاؤه الى وقت الفكاك فيعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك حتى لو هلك
قبل الفكاك لم يعتبر اصلا ويبطل تلك القسمة فهلك بغير شي **قوله** احلب الشاة وانما يظهر
فائدة التقييد بالشاة في جانب الضمان بلا اذن اذ لو كان المرهون امة فارضعت صبي المرتهن بغير
اذن الراهن لم يحتسب به لان لبن الادمي لا ثمن له **قوله** فيصح تعليقها بالشرط لان كلمة ما في
قوله فما حلبت متضمنة معنى الشرط بدليل دخول الفا في جوابه كقوله وما بكم من نعمة فمن الله **قوله**
المقيد باذن المالك فيه دليل انه لو اكله بغير اذن الراهن كما لو حلبه وشربه بغير اذن الراهن يسقط
من الدين بقدره وبه قالت الايمة الثلاثة الا احمد في رواية عنه انه لو حلبه معوضا بنفقته فانه لا
يحتسب عليه وفي الذخيرة لو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان فيكون رهنا عند المرتهن

محبوسًا بالدين مع النماء **قوله** على هذا القياس يعني ان كان باذن الراهن لا يضمن وان كان بغير
اذنه يضمن ولا نعلم فيه خلاف ويكون ضمانه رهنا عندنا **قوله** ويجوز الزيادة في الرهن وصورته
ان رهن ثوبا بعشرة قيمته ثم زاد الراهن ثوبا ليكون رهنا مع الاول بعشرة وبه قال الائمة
الثلاثة كما لو رهنه ابتداء ثم وهذا يكون خلاف مقتضى العقد بل يوكد توثيقا ولا يجوز في
الدين عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي في الجديد وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا
بان رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين اخر بالشرا او الاستقراض فيجعلان العبد رهنا بالدين
القديم والحادث وبه قال مالك والشافعي في القديم واختاره المزني وعن بعض اصحابه ان
للشافعي قولانه كالقديم **قوله** وقال زفر والشافعي الى اخره ثم في كتب اصحاب الشافعي ما
ذكر خلافه في زيادة الرهن وجوزه قولا واحدا وذكر قوله القديم والجديد في زيادة الدين
وما عرفت ان الشيخ من اين اخذ هذا **قوله** والمنكوحة سوا صورة المنكوحة بان زوج امته
بالف من رجل ثم زوجه امة اخرى بتلك الالف وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما ولو قال
المولى زدتك امة اخرى بتلك الالف لا يجوز كذا وجد بخط العلامة مولانا حافظ الدين وفي النهاية
في الاسرار ما يدل على جوازه **قوله** وقد ذكرناه في البيوع اي في الفصل الذي ذكره في
باب المرابحة والتولية **قوله** في الخلافية الاخرى وهي الزيادة في الدين والخلافية الاولى
هي الزيادة في الرهن فعندنا يجوز خلافا لزفر **قوله** ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع يعني
يتحاذيان بمحاذاة المبيع مع الثمن حتى يكون الرهن محبوسًا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن
ملحقة باصل العقد فكذلك الزيادة في الدين كزيادة في المبيع والثمن وهذا لان الحاجة تمس الى زيادة
الدين كما تمس الى زيادة الرهن بان يكون في ماليه الرهن فضل ويحتاج الراهن الى مال اخر فياخذ من
المرتهن فيجعل انه رهنا بهما والالتحاق باصل العقد ممكن لان العقد بعد الالتحاق يتغير الى وصف مشروع
بان يصير قيمة الرهن مثل الدين او اقل فانه مشروع في الابتدا فكذا اذا تغير في الانتها ولهما اي لابي حنيفة ومحمد
يوجب الشيوع في الرهن لان بعض الرهن يخرج من الدين الاول ويثبت فيه ضمان الدين فيبقى حكم الاول
في البعض ويثبت فيما يقابل الزيادة مشاعا والشيوع في الرهن مشروع عندنا وعند الشافعي وان كان لا
يجوز الشيوع في الدين ولكن يقول الزيادة في الرهن يحصل فارغ فيجوز والزيادة في الدين يحصل مشغول
فلا يجوز **قوله** الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين الذي هو الف جاز وبه فارق البيع والشيوع
ويفرق التسمية لا يوثر في افساد البيع يعني على تقدير الالتحاق والالتحاق باصل العقد غير ممكن ههنا لانه
اي الدين غير معقود عليه ولا معقود به لان المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا
قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فعلم انه ليس بمعقود به فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملحقا
باصل العقد لان الالحاق في بدل العقد اما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل العقد ولا يبقى
محبوسا بعد فسخ الرهن فالزيادة فيه تكون زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد اليه اشار في
المبسوط **قوله** وتسمى هذه اي الزيادة في الرهن زيادة قصدية بخلاف النما فان ذلك زيادة في
الرهن ضمنا لا قصدا فيختلف حكمه ايضا فيقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وعلى قيمة النما يوم الفكاك
قوله واذا ولدت المرهونة يعني رهن امة بالف وقيمتها الف وولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن
زاد المرتهن مع الولد عبدا يساوي الفا فان قال زدتك هذا العبد مع الولد فذلك جائز وهو رهن مع
الولد خاصة كذا في الايضاح **قوله** ولو كانت الزيادة مع الام فان قال زدتك هذا العبد مع الام
فينظر الى قيمة الام يوم العقد والى قيمة الزيادة يوم القبض بخلاف ما لو كان زيادة مع الولد حيث

يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة النما يوم الفكاك فما اصاب الولد يقسم على قيمته يوم
الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم القبض لان الزيادة دخلت في ضمانه يوم القبض فلو كان الولد بعد
الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج من العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة اما
لو كانت الزيادة مع الام صارت كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان
ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها لان هلاك الام لا يوجب سقوط
الضمان بل يتقرر الضمان ويتقرر فلا يبطل الحكم في الزيادة وفي الزيادة مع الولد بعد موت الولد
تذهب بغير شي ويبقى الام ولا ولد معها كذا في الايضاح **قوله** فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض
وهذا احتراز عن الابرا على ما يجي فان بالابرا يرتفع الضمان وان لم ينتقض بالقبض بالرد الى الراهن ك
قوله فلا ينوب الى يد الامانة عند عن يد الضمان لان الادنى لا ينوب عن الاعلى وبه قال الشافعي
والقاضي الحنبلي الا ان عندهما يصير رهنا بمعنى مدة يمكن فيها قبضه اذا التخلية يكفي في القبض وقيل
لا يشترط وبه قال احمد **قوله** على ما بيناه اي في صدر الكتاب في تعليل ان تمام الرهن بالقبض والقبض
يرد على العين والعين امانة لما بينا **قوله** خلافا لزفر وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى
الضمان ما بقي القبض كما في البيع الفاسد لو قضى القاضي بالرد فانه يبقى مضمونا على المشتري ما بقي في
يده وكما لو اشترى عبدا بخيار البائع وقبضه ثم فسخ البائع البيع بحكم الخيار يبقى العبد مضمونا على المشتري
بالقيمة لبقا القبض وان كان الخيار للمشتري وقد فسخ البيع بحكم الخيار يبقى مضمونا على المشتري بالثمن
لبقا القبض وكما لو رهن شيا بدين ظناه ثم تصادقا على ان لا دين يبقى الرهن مضمونا لبقا القبض وان
لم يكن على الراهن شي فكذلك ههنا ووجه الاستحسان ما ذكر في المتن بقوله لان الرهن الى اخره وهو
قول الايمة الثلاثة وحاصله ان ضمان الرهن يشبهين قبض الرهن والدين لانه ضمان استيفا وذا لا
يتحقق الا باعتبار الدين وبالابرا ان لم يبق احدهما والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما
وهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض وان بقي الدين فكذا اذا سقط الدين وان بقي القبض ولا
جهته اي جهة الدين لسقوطه اي لسقوط الدين قيد به لان الدين بالاستيفا ينتهي ولا يسقط كما يجي في مسلة
الاستيفا واما مسايل البيوع فهو ان المبيع مضمون على المشتري بعد الفسخ كما كان مضمونا على البائع المبيع
بالثمن وضمان الثمن قائم على البائع ما بقي المشترى في يده يبقى الضمان فاما ههنا ضمان الرهن ضمان دين
وقد زال الدين من كل وجه وفي الرهن بدين مظنون اعتبر جهة الرهن لان الرهن حصل بدين موهوم وجوبه
بالحال وتصادقهما على ان لا دين لا يزول التوهم لجواز ان يتصادقا على القيام واذا بقي التوهم بعد التصادق
بقيت جهة الدين اما في مسلة الابرا والهبة لا يبقى الدين ولا جهته وفي مسلة البيع الفاسد بعد القضا
بالرد يبقى القبض وهو مضمون بالقبض اليه اشار في المبسوطين **قوله** يتقرر الاستيفا الاول وهو
الاستيفا الحكمي فانتقض الاستيفا الثاني وهو الاستيفا الحقيقي ولا يتكرر الاستيفا **قوله** وجب
عليه اي على المرتهن رد ما استوفى من الدين وقال زفر والايمة الثلاثة لا يجب لان الرهن بعد الاستيفا
امانة في يده **قوله** وكذا اذا اشترى الى اخره يعني على هذا الخلاف بعد ما يجب على المرتهن رد قيمة
الرهن خلافا لزفر والايمة الثلاثة لما ذكرنا انه امانة عندهم وقلنا شرا العين بالدين لو صلح الدين
بالعين استيفا فيجب الرد عليه ولا يلزم تكرار الاستيفا **قوله** ثم هلك اي الرهن اي في يد
المرتهن بطلت الحوالة ويهلك الرهن بالدين عندنا خلافا لهم لان الدين بالحوالة لا يسقط ولكن ذمة
المحال عليه تقوم مقام ذمة المحيل وهو بعرض ان يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحال عليه
مفلسا فلهذا يبقى ضمان الرهن كذا في المبسوط **قوله** لانه اي الحوالة على تاويل عقد الحوالة في معنى

البراءة بطريق الاداء امكان الاستيفاء **قوله** وما رجع عليه معطوف على ما كان له يعني ما كان له
ان يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل على المحتال عليه مثل الذي يرجع المحال عليه على المحيل لانه
اي المحال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل **قوله** تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن
هلك بالدين حلالا فالحكم هذا الحال لرواية مبسوط شمس الايمة فانه قال يبقى الضمان اذا كان التصادق
بعد هلاك الرهن اما اذا كان التصادق عند قيام الرهن ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة
لان بتصادقهما يبقى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين بخلاف ما لو تصادقا بعد
هلاك الرهن فان الدين عند الهلاك كان واجبا ظاهرا ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن
فصار مستوفيا وذكر شيخ الاسلام فلو تصادقا قبل الهلاك اختلف مشايخنا والصواب انه لا يهلك
مضمونا وهذه المسايل كلها من قوله ولو استوفى المرتهن الدين الى هنا ارد بعضا لجواب الاستحسان
من حيث الظاهر فاجابت عنها بما ذكر في الكتاب **قوله** اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك فالقول
للمرتهن وبه قالت الايمة الثلاثة وصورة ضمان الرهن بان تعدى المرتهن في الرهن ولو اختلفا في قدر
الدين بان يقول الراهن رهن بالف ويقول المرتهن بالفين فالقول للراهن وبه قال الشافعي واحمد
وابو ثور والنخعي والثوري والبتي وقال مالك القول للمرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن او قيمته وبه
قال الحسن وقتادة ولو اختلفا في قدر الرهن بان يقول المرتهن الرهن هذين العبدين وقال الراهن
احدهما معينا فالقول للراهن ولا نعلم فيه خلاف وكذا لو اختلفا في رد الرهن فالقول للراهن بلا خلاف
لانه منكر فالقول له مع اليمين ولو اعتق الراهن المرهون وادعى انه اعتقه باذن المرتهن والمرتهن
منكر فالقول للمرتهن فلو قال الراهن رهن بالدين المؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول للراهن
كما لو انكر اصل الدين ولو كان لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف في جميع المسايل والله اعلم

كتاب الجنايات

لما كان ملاك الولاية الدينية والدنياوية والرياسة والاحسان والعدل والسياسة فان بالاحسان
يسعد الانسان ويدفع التباغض والعدوان وبالسياسة ينزجر السفهاء عن الطغيان وبالعدل يستقيم
الملك وتعمر البلدان وكان شرع احكام الجنايات من معظم معاقد الامور فاتبعها المصنف العبادات
والمعاملات واخرها لانها ترجع الى العارض فاوردها عقيب الرهن اذ كل واحد للوقاية والصيانة
فان الرهن وثيقة لصيانة الدين عن الهلاك فكذا حكم الجناية مشروع لصيانة المكلف عن الهلاك
وفيما ذكرنا اشارة الى محاسن احكام الجنايات ثم الجناية لغة اسم لما يجنيه من شر اي يكسبه تسمية
بالمصدر اذ هي بالاصل مصدر جنى عليه شرا واصله من جنى الثمر وهو اخذه من الشجرة وهو عام الا
انه خص بما حرم من الفعل شرعا سواء حل بنفس او مال ويراد باطلاق اسم الجناية عند الفقهاء فعل حل في
النفس او الطرف قال شيخ الاسلام الجناية على النفس تسمى قتلا وفيما دون النفس قطعا وجرحا والقتل
فعل يضاف الى العباد تحصل به زوال الحياة وزوال الحياة بدون فعل العباد يسمى موتا وركنه هذا
ايضا وشرطه كون محله حيوانا ثم لما كان قتل النفس المعصومة من اجل الكبائر واخبثها ابتدا المصنف
بتنويعه فقال القتل خمسة اوجه الى اخره في المبسوط هذا تقسيم ابو بكر الرازي اما في الاصل قسم
ابو حنيفة رحمه الله القتل على ثلاثة عمد وخطا وشبهة عمد **قوله** المراد بيان قتل الى اخره قيد
به لما ان انواع القتل اكثر من خمسة فقد ذكر في مبسوط شيخ الاسلام انواع القتل الحرمى خمسة من
رجم وقصاص وقتل حربي وقتل بقطع الطريق فعلم ان المراد به القتل الموجب للضمان وهو خمسة قيل
في وجه الانحصار ان القتل لا يخلو اما ان قصد بسلاح او بغيره فان قصد بسلاح فلا يخلو اما ان يكون

به قصد او لا فان كان فهو عمد والا فهو خطا وان قصد بغير سلاح فاما ان يكون معه قصد التأديب
او الضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد والا فلا يخلو اما ان يكون جاريا مجرى الخطا فان كان
فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها وقيل
وجه الانحصار الاستقراء التام **قوله** مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمط العقب قشره وفي
المغني والمحيط الجرح ليس بشرط اذا كانت الالة من الحديد فقال العمد ان يقصد الانسان قتل من لا
يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف والسكين والرمح او لم يكن سلاحا كالابرة والاشفى
وسواء كان له حد يبضع او لا كالعمود وسنجة الميزان وسواء كان الغالب منه الهلاك او لم يكن لقوله
عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالحديد وعنه صلى الله عليه وسلم كل شيء خطا الا الحديد فدل ان العبرة
للحديد هذا كله على رواية الاصل وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة رحمه الله لو قتله بسنجة حديد
او عمود ولا حد له فهو ليس بعمد محض فلا يجب القصاص بل هو خطا عمد وفي فتاوى قاضي خان في
ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس والصفر والرصاص والذهب والفضة والانك
لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وفي المبسوط عن ابي حنيفة قتله بعمود او بسنجة حديد لا حد له فليس
بعمد عنده بل هو خطا عمد وعندهما ان كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض والا فخطا عمد **قوله**
وموجب ذلك اي حكم العمد الاثم **قوله** وقد نطق به غير واحد من السنة اي السنة فيه اكثر من
ان تحصى واظهر من ان تخفى منها ما قال عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا اهون على الله تعالى من قتل
امرئ مسلم وما قال عليه الصلاة والسلام سباب المسلم فسق وقتاله كفر وهذا وان كان بتاويله قتاله لاسلامه
فظاهره يدل على عظم الجناية وما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة
عليكم كحرمة يومي هذا وشهري هذا في مقامي هذا ولهذا كان ابن عباس وزيد بن ثابت والضحاك بن مزاحم
لا يرون التوبة لقاتل العمد وقالوا خلد في النار ونحن لا ناخذ بذلك كذا في المبسوط **قوله** والقود معطوف
على قوله المأثم **قوله** الا انه تقيد بوصف العمدية فان ظاهر الاية يوجب القول بالقصاص ايما يوجد
القتل باي وجه وجد لكن السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود يدل على ان حكم
القصاص مخصوص بالقتل العمد فيراد على الكتاب ولا قتل الخطا خرج منها بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا
الاية فما بقي النص على اطلاقه فصار كالمجمل فيجوز ان يكون الحديث بيانا له وان كان خبر واحد كما
في بيان قدر مسح الراس **قوله** وهو احد قولي الشافعي وبه قال مالك في رواية وهو قول النخعي
وابي زياد وسفيان الثوري وابن شبرمة والحسن بن حي وقال الشافعي في قول فالولي مخير بين القصاص
واخذ الدية بغير رضى القاتل وبه قال احمد ومالك في رواية وابو ثور واسحق وابن سيرين وابن المسيب
والاوزاعي وابو سليمان وجمهور اصحاب الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فاهله بين خيرتين
ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا العقل اي الدية فهذا تنصيص على ان كل واحد منهما موجب القتل
رواه شريح الكعبي وقال عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يودى واما ان يقاد
رواه ابو هريرة ولان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام والتشفي للولي وهو ما بت بخلاف القياس
لانه اتلاف لا يكون واجبا بمقابلة الاتلاف وهو ليس بمثل الا ترى ان الجماعة يقتلون بالواحد ولا
مماثلة بين الواحد والعشرة فعرف ان القصاص مشروع بمعنى النظر للولي ولا يجب ان يكون مضمونا بالمال
وهو القيمة لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ولهذا يجب المال في الخطا والاتلاف في العمد والخطا على
نمط واحد اذ الدية انما تجب بالاتلاف لا بصفة الخطا والمتلف في العمد ما هو المتلف في الخطا واذا ثبت ان
القصاص شرع بمعنى النظر للولي فشرعه لا ينفي الضمان الاصلي ولم يمكن الجمع بينهما فخير الولي بينهما ولانه

تعالى فإن كتب عليكم القصاص إلى قوله فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف فعلم أن للولي أن يعفو
ويتبع القاتل بإحسان فيأخذ الدية من القاتل وإن لم يكن اشترط ذلك في عفوه ولهذا إذا عفى
أحد الوليين صار نصيب الآخر مالا وإن لم يشترط ذلك ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى كتب عليكم
القصاص في القتلى فإيجاب المال زيادة عليه بخبر الواحد فلا يجوز وما روينا من السنة وهو قوله
عليه الصلاة والسلام العمد قود وحرف التعريف للجنس لعدم المعهود ففيه تنصيص على أن موجب
جنس العمد القود فإيجاب المال في القود زيادة عليه ولأن المال لو كان هو الدية لا يصلح موجبا والقصاص
متعين موجبا له وهذا لأنه لا مماثلة بين الآدمي والمال لا صورة ولا معنى إذ الآدمي خلق
ليتحمل أمانة الله تعالى والاشتغال بعبادته والمال خلق لإقامة مصالحه وهو مملوك بالآدمي
فأنى يتشابهان وإنما التماثل في القصاص لأنه أخذ روح بإزاء روح مثله وفيه مصلحة الأحياء زجرا
يعني قال تعالى ولكم في القصاص حياة فالحياة بطريق الجبر أي جابرا للفائت وذلك أنه لما قتل به
سلم حياة الأولياء فإن القاتل يصير حربا على أولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد ما لم لإزالة
الخوف على نفسه فالشرع مكنهم من قتله قصاصا دفعا لشره عن أنفسهم وأحيا الحي في دفع سبب
الهلاك عنه فالحاصل أن القصاص حياة وإنما يجب ضمان الجبر بعد الإمكان في جبر الحياة لا يمكن بأكثر
من هذا فأما المال فليس فيه من معنى الحياة شيء ولا المماثلة من وجه وإنما يجب الدية في الخطأ خلاف
القياس منه على القاتل والمقتول لأن الخاطئ معذور ونفس المقتول محترمة فسقط حرمتها فلم يهدر دمه
كما ذكر في الأصول فشرع المال عند عدم الإمكان لا يدل على شرعه عند الإمكان **قوله** ولا
معنى لعدم قصد الولي يعني يجوز أن يأخذ المال ثم تهيج الضغينة وتحرك العداوة على ارتكاب قتله وإن
لم يكن ذلك شرعا فلم يتعين دفعا للهلاك وأما الجواب عن الحديث أنه محمول على رضى القاتل وإنما لم يذكر
رضى القاتل لأن ذلك معلوم ببديهة العقل فإن من أشرف على الهلاك إذا أمكن من دفع الهلاك عن نفسه
بأداء المال لا يمتنع من ذلك الأمن سفهت نفسه لأن امتناعه لإبقاء منفعة المال لنفسه ولا يتصور ذلك
بعد ما تلفت نفسه وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم خذ سلمك أو رأس مالك وهو في أخذ رأس المال
يحتاج إلى رضا المسلم إليه ولم يذكره لأنه غير محتاج لأنه معلوم بطريق الظاهر يؤيده ما جاء في بعض الروايات
إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا فادوا والمفاداة مفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك بطريق الصلح
أو المراد أن لا يجبر الولي على أخذ الدية شاء أو أبى يؤيده ما روى البخاري أن الربيع بنت النضر لطمت جارية
فكسرت سنها فطلبوا العفو فأبوا فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصاص فجاء أخوها أنس بن النضر
وقال يا رسول الله أتكسر سن الربيع والذي بعثك بالحق لا تكسر سنها فقال صلى الله عليه وسلم يا أنس
كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال صلى الله عليه وسلم إن من عباد الله من لو أقسم على الله
لأبره فلما كان كذلك علم أن الذي يجب بكتاب الله وسنة رسوله القصاص في العمد لأنه لو كان يجب
الخيار للولي من القصاص وأخذ الدية لخيرها صلى الله عليه وسلم ولا علمها بما تختار من ذلك ألا ترى أن
حاكما لو تقدم إليه رجل في شيء يجب له شيئين وثبت عنده لا يحكم له بأخذ الشيئين بل يحكم له بأن يختار
أحدهما ما أحب فإن تعدى فقد قصر في الحكم خصوصا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلم أن
المراد من حديث شريح وأبي هريرة بطريق الرضا لما ذكرنا أن المفاداة من الجانبين ويؤيده ما روى
البخاري عن ابن عباس أنه قال كان في بني إسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية فقال تعالى كتب عليكم
القصاص إلى قوله فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان أي للولي الجناية وأداء إليه أي أداء
للقاتل يعني يؤديه بإحسان بعد قبول الدية ويحتمل أن يكون ذلك في الدم كما تمسك الخصم

ويحتمل

ويحتمل أن يكون ذلك في الدم الذي بين جماعة يعفو أحدهم وقد تأولت العلماء هذه الآية عليها
ولا حجة فيها لبعض على بعض لاحتمال وقد روى الترمذي عن أبي شريح الخزاعي أنه صلى الله عليه وسلم
قال من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يعفو أو يقتص أو يأخذ الدية فقد جعل عفو الولي عند أخذ
الدية فثبت أنه إذا عفى لا دية له فإذا كان كذلك ثبت أن الذي وجب له كان هو الدم وأن أخذ
الدية التي تجب له فهو بمعنى أحدها بدلا عن القتل والإبدال لا يجب إلا برضى من يجب له ورضى من يجب
عليه يؤيده ما روي عن عمر أنه قال لا يمنع السلطان ولي الدم أن يعفو إن شاء أو يأخذ العقل إن
اصطلحوا عليه فعلم أن بالعفو لا يجب الدية بدون الاصطلاح وما ذكر ابن حزم من الطعن هذا من
التعصب وكل طعونه مبهمة والجرح المبهم لا يعتبر **قوله** ولا كفارة فيه أي القتل العمد سواء كان
عمدا يجب فيه القصاص أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدا وكمسلم قتل من أسلم في دار الحرب ولم
يهاجر إلينا عمدا وبه قال مالك وأحمد في المشهور منه والثوري وأبو ثور وابن المنذر وقال
الشافعي وأحمد في رواية في العمد الكفارة كما في الخطأ ولا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ إلا ما
حكي عن مالك أنه قال لا تجب الكفارة في قتل العبد أو الكافر خطأ وللشافعي وجهان في سقوط الكفارة
عن القاتل إذا اقتل قصاصا والأصح أنها لا تسقط فتؤدى من تركته **قوله** أمس منها أي من الحاجة
إليه أي إلى التكفير في الخطأ وذلك أن الكفارة ماحية للإثم أو ساترة والإثم في العمد أكثر فكان
أدعى إلى الوجوب ولهذا عذر الخطأ في القتل الخطأ لا يؤثر في إسقاط حقوق الله تعالى فلما صار
مضمونا بالكفارة ثمة فالعمد أولى ألا ترى أن قتل المحرم الصيد خطأ وعمدا يوجب الكفارة فعلم
أن الاعتبار لنفس القتل سواء كان خطأ أو عمدا كذا في مبسوط شيخ الإسلام والمراد بالخطأ في
الآية ضد الصواب كما في قوله تعالى إن قتلهم كان خطأ كبيرا أي ضد الصواب والعمد ضد الصواب
وعن واثلة بن الأسقع أتينا إلى النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا استوجب النار بالقتل فقال
عليه الصلاة والسلام أعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه عضوا وإيجاب النار بالعمد ولنا أي القتل العمد
كبيرة محضة أي ليس فيه جهة الإباحة والكفارة دائرة بين العبادة هو العقوبة فلا بد أن يكون سببها
دائرة بين الحظر والإباحة كما مر في الغموس فلا يناط بمثلها أي بمثل الكبيرة المحضة أما الخطأ فإنه
بالنظر إلى المحل الذي أصابه محظور وباعتبار أصل الفعل مباح لقوله تعالى فإذا حللتم فاصطادوا
وكذا شبه العمد فإن القصد التأديب وهو مباح والقتل بالمثقل عند أبي حنيفة رحمه الله ليس بمحظور
محض بالنظر إلى الآلة فإنها ليست من آلة القتل فتمكن فيه الشبهة كذا في المبسوط **قوله**
وتعينها في الشرع بدفع الأدنى إلى آخره هذا جواب من الحاق الشافعي العمد بالخطأ إما بالقياس
أو بدلالة النص ولا يمكن الإلحاق بالدلالة لأنه لا مماثلة بين العمد والخطأ ولا يمكن أيضا بالقياس لأنه
لا مدخل للرأي في تقدير العقوبات والجابة لا من المقادير في المبسوط قال الشافعي المعنى في
وجوب الكفارة إقامة نفس مقام نفس المتلف الذي يشتغل بالعبادة ولا يمكنه ذلك إحياء فعليه تحرير
نفس مقام ما أتلف لأن الحرية حياة والرق تلف ولهذا أوجب الكفارة على القاتل وقلنا إنما وجب عليه
الكفارة لأن الشرع سلم نفسه حين أسقط عنه القود بعذر الخطأ فيحق إتلاف النفس منه فعليه
إقامة نفس مقام نفسه شكرا لله تعالى وذلك في أن يحرر نفسا لتشتغل بعبادته تعالى ولهذا لو قتل
مستأمنا أو ذميا خطأ يلزمه الكفارة مع أنه ما أتلف نفسا مشتغلا بالعبادة فعلم أنه أوجبه شكرا لله
تعالى وأما الجواب عن قتل المحرم الصيد أن هذه كفارة محظور الإحرام لا كفارة القتل ألا ترى أنها تجب
بإتلاف العضو والإشارة والأخذ بلا قتل فلم يصح الجمع لأن قتل الصيد أو أخذه عمدا وخطأ لا يخلو

من النادم

عن معنى الاباحة لان الصيد في نفسه مباح اما الادمي في نفسه محظور لم يخلق مباحا فلم تثبت الاباحة جوب
الاعارض ولهذا لو قتل رجل من عليه القصاص عمدا لا تجب الكفارة عليه لانه محظور في نفسه وثبو
القصاص عليه لاخر لا تثبت به جهة الاباحة في حق غير الولي وفي حق الولي ثبت استيفا القصاص
لا لاباحته كما يستوفي دينه من ماله المعصوم لا يصير المال مباحا في غيره كذا في الاسرار واما **قوله**
ان المراد بالخطا ضد الصواب غير مستقيم بل المراد الخطا ضد القصد لانه عطف عليه العمد ولو
كان العمد ضد الثواب يلزم عطف الشي على نفسه اذا العمد ضد الثواب ايضا واما حديث وائلة فيه
استوجب النار يحتمل ان ذكر القتل يحتمل ان ذلك بسبب اخر ولو صح فيحتمل ان يكون القتل بالحجر
والعصا الكبير عمدا مع ان مراد النبي صلى الله عليه وسلم التطوع بالاعتاق الا ترى انه خاطب بغير
القاتل والكفاره لا تجب على غير القاتل كذا في المبسوط والاسرار ومنها الحجة لنا في ذلك قوله
تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية فهذا يقتضي ان يكون المذكور في الاية
جميع جزايه ولو اوجبنا عليه الكفارة كان المذكور بعض جزايه فيكون نسخا لذلك الحكم لان المعلق
بالشرط كل جزايه وبالزيادة يصير بعض جزايه ولا وجه لحمل الاية على المستحل لان المذكور فيها جزا
قتل العمد فلو حمل على المستحل كان المذكور جزا الردة واما تاويل الخلود على معنى انه هالك بعد له
او حمل على معنى تطويل المدة ومجازا له يقال خلد فلان في السجن اذا طال المدة وعند الشافعي الحكم
المعلق بشرط او مخصوص بوصف يوصف لنفي عند عدم الشرط او الوصف والكفاره معلقة بشرط
الخطا او بوصف الخطا في الاية ومع ذلك لا يقول به **قوله** وشبه العمد وفي المبسوط سمي به هذا
الفعل الذي لا يوجب القود شبه العمد اي خطا شبه العمد لما فيه من معنى العمد بالنظر الى قصد الفاعل الى
الضرب ومعنى الخطا باعتبار العدم قصد القتل وبالنظر الى الالة التي استعملها هي الة الضرب للتاديب
دون القتل والعاقل انما يقصد الى كل فعل بالته فكان ذلك خطا يشبه العمد ثم لا قود في شبه العمد
بلا خلاف وعن ملك في رواية ان قصد القتل يجب القود والخلاف في تفسيره وفي الاوضح شبه
العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد بكل الة لم توضع للقتل وعندهما بكل الة لا تقتل غالبا
قال صاحب المجتبى يشترط عند ابي حنيفة ان يقصد التاديب دون الاتلاف وعندهما ان كان متعمدا
بما كان الاتلاف غالبا فعمد محض وعند الشافعي وملك واحمد بكل الة او فعل لا يصلح للقتل ولو
ضربه بسوط صغير سوطا او سوطين فمات فهو شبه العمد عند الكل لوجود ما هو بمعنى شبه العمد
عند الكل لان عند الشافعي امارة العمدية هو الفعل الصالح للموت غالبا وعندهما الالة التي
لا تلبث وعند ابي حنيفة الالة الموضوعة للقتل وكل ذلك مفقود هنا ولو ضربه بسوط صغير
ووالى في الضربات الى ان مات فان كان رجله ما والى بحيث يقتل مثله غالبا فهو عمد محض على قولهما
وبه قالت الايمة الثلاثة وقال بعض المشايخ هو شبه العمد على قولهما كقول ابي حنيفة ولو القاه
من جبل او سطح او غرقه في الما فهو شبه عمد عند ابي حنيفة خلافا لهما وللايمة الثلاثة ولو خنقه فما
فهو شبه عمد لا قصاص فيه الا ان يكون معروفا بذلك وعند الايمة الثلاثة انه يجب القود وفصل بعض
اصحاب الشافعي ان خنقه زمانا يموت في مثله غالبا يجب القود والا والاصح عنده انه يجب القود بالخنق
مطلقا ولو حبس انسانا ومنعه الطعام والشراب حتى مات جوعا وعطشا لا يجب عليه شي عند ابي حنيفة
وعندهما يجب الدية وقال الشافعي في وجه وقال في الاصح يجب القود لان عنده المسبب كالمباشر
وعندهما لما كان مسببا للتلف يجب الدية لا القود وابو حنيفة رحمه الله يقول هذا منع ما يدفع الهلاك
عن نفسه وهذا لا يعد سببا الى التلف كذا في الذخيرة والمغني ثم في شبه العمد الدية لا القود عند

اكثر الفقها واكثر التابعين واكثر الصحابة وعند اصحاب الظاهر ان القتل نوعان عمد وخطا وفي العمد
القود وفي الخطا الدية قال ابن حزم ما يمسك الحنفيون والشافعيون في شبه العمد ضعيف ومن وجهه
بان روايه مطعون وهذا غاية تعصبه وسفاهته لما قلنا ان كل ما ذكر طعن منهم وهو لا يعتبر ولمالك في
في شبه العمد روايتان في احديهما ان القتل نوعان عمد وخطا فعلى هذا في شبه العمد يجب القود وفي
روايه شبه عمد يجب فيه الدية **قوله** قتيل السوط والعصا وفي روايه قتيل السوط والحجر قاله عليه
الصلاة والسلام في خطبته يوم فتح مكة ذكره الطحاوي وعن النعمان بن بشير انه عليه الصلاة والسلام قال
كل شي خطا الا السيف ولكل خطا ارش وفي رواية عنه قال عليه الصلاة والسلام كل شي خطا الا الحديد
وروى الطحاوي عن علي انه قال شبه العمد بالعصا والحجر الثقيل وليس فيهما قود والصحابة اتفقوا
على شبه العمد حين اوجبوا فيه دية اديه مغلظة مع اختلاف منهم في صفة التغليظ والتمسك انه عليه
الصلاة والسلام لم يفصل بين الصغير والكبير فهو عليهما عملا بالاطلاق وروى الطحاوي عن المغيرة
بن شعبة ان امراتين ضربت احديهما الاخرى بعود فسطاط فقضى عليه الصلاة والسلام الدية على عصبة
القاتلة متفق عليه وهو حديث حمل بن ملك في الغرة كما يجي فلم يفصل النبي صلى الله عليه وسلم والظاهر
ان عود الفسطاط لا يلبث وفي حديث حجاج بن ارطاة ان رجلا قتل رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالحجارة فقضى عليه الدية ولم يفصل بين الصغير والكبير كذا في المبسوط **قوله** ولان الالة غير موضوعة
الى اخره في المبسوط والمعنى ان هذه الالة لا تجرح ولا تقطع فالقتل بها لا يكون موجبا للقود كالقتل
بعصا الصغير تحقيقه ان وجوب القود يختص بقتل هو عمد محض وصفة التمحض ان يباشر القتل بالة
جارحه موضوعة للقتل حتى يوثر في الظاهر والباطن اذ قوام الادمي بهما واذا كان بالة تعمل في الباطن
دون الظاهر فلا يكون قتلا من كل وجه والثابت من وجه دون وجه قاصر فلا يصلح ان يجب به ما يندرئ
بالشبهة فلهذا اوجب الدية ولان الة القتل الحديد قال تعالى فيه باس شديد والمراد القتل وكذلك حراس
الملوك تكون من الحديد اما الخشب والاحجار للابنية ونحوها من المنافع لا للقتل والحديد هو المستعمل
للقتال الا ترى اذا حصل القتل به وجب القود صغيرا كان او كبيرا حتى لو غرز بابرة في مقتله يلزمه القود
وما سوى الحديد الصغير لا يوجب القود والفعل لا يتم الا بالته فمقصور في الالة منه لا يوجب القود
فعلى هذا الضرب بمثقل الحديد موجب القود لعدم قصور في الالة ايضا لان الحديد في كونه الة للقتل
منصوص عليه فيعتبر عين المنصوص وفي غير المعتبر المعنى فيعتبر كونه محددا كما في سو العصا والمروه
ولِيطه القصب وعلى الطريق الاول لا يجب القود الا بما هو محدد الحديد وغيره فيه سوا الاشتراط
الجرح فيه وهو روايه الطحاوي عنه وبه اي بالاستعمال على غيره **قوله** فقصرت العمدية نظرا الى
الالة يعني القصد الى القتل امر باطن لا يوقف عليه فاقام الشرع الضرب باله وضعت للقتل مقام القصد
الى القتل واقام الضرب باله وضعت للتاديب مقام عدم القصد فسقط اعتبار حقيقة القصد واعتبر
السبب القايم مقامه كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** والكفاره لشبهه بالخطا اي بالنظر الى الالة
وبه قالت الايمة الثلاثة الا ان عند احمد وملك لا تجب الكفارة في صورة وجوب القود عندهما وفي الايضاح
وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفاره في شبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاثم كامل متناه وتناهيه
يمنع شرع الكفاره لان ذلك من باب التخفيف والشبهة انما تؤثر في سقوط القود الذي يسقط بالشبهة
لا فيما وراء ذلك ولهذا احرم عن الميراث وفي الكافي والصحيح انها تجب عنده ذكره الطحاوي والجصاص لانه
دخل تحت قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة الاية لا يعني يحدث من بعد كالواجب بالصلح وتحمله
الابوه وما قرار القاتل بالقتل الخطا فانه يجب في مال القاتل والمقر والحجة عليه اي على ملك ما اسلفنا وهو قوله

قوله

عليه الصلاة والسلام الا ان قتل خطا العبد وقد بينا قول ملك واصحاب الظاهر و **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله وجب في ثلاث سنين بقضيه عمر وبحي بيان الخلاف في الديات **قوله** فاصاب موضعا
اخر في الذخيره قصد ان يضرب يد رجل فاصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو اصاب عنق غيره فهو
خطا قال صاحب المجتبى وهذا يبين ان قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا **قوله** فحكمه اي حكم انقلاب
النايم حكم الخطا لانه لا يتصور القصد من النايم حتى يتصور منه ترك القصد او ترك التحرز لكن الانقلاب
الموجب للتلف ما اتلف عليه يتحقق فكان كالخطا في ايجاب الديه كذا في جامع المحبوبي وفي المبسوط
وانما وجب عليه الديه لوجود التلف منه ووجوب الكفاره وحرمان الميراث لجواز ان يكون متناوم
ولم يكن نايما حقيقة وهذا الوهم يكفي لترك التحرز ويمكنه ان يحرز بنومه في موضع لا يصير بالانقلاب
قاتلا فكان كالخطا وفي الاصح ولو وقع من سطح على انسان فقتله او كان على دابة فاوطى انسانا فمات
او كان في يده لبنة او خشبة فسقط على انسان فقتله فهذا مثل النايم فيقتل لكونه قتل معصوم
فاجري مجرى الخطا **قوله** وقال الشافعي يلحق بالخطا فتجب الكفاره ويحرم عن الميراث وبه قال ملك
واحمد لان الشرع انزله قاتلا في الضمان فكان كالمباشر وهذا كما لو اوطات دابته انسانا فعندهم
المسبب كالمباشر ولنا انه ليس بمباشر للقتل حقيقة لان مباشرة القتل اتصال فعل من القاتل بالمقتول
ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض وانما الحق المسبب بالمباشر في حق الضمان صيانة للدم عن الهدر
على خلاف الاصل فيبقى في حق الكفارة وحرمان الميراث على الاصل ثم هو ياثم بالحفر في ملك غيره
على ما قالوا ولكن لا ياثم بالموت ... الكفاره ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه ان سبب القتل
فان قيل هو قاتل شرعا في حق الدية فيسمى ان يكون قاتلا في الكفاره وحرمان الميراث
قلنا الكفاره جزا القتل والقتل معدوم لما ذكرنا ان فعله لم يتصل بالمقتول اما الدية ضمان
المحل لا يعتمد الفعل بل يعتمد عصمة المحل كما في العاقله يضمنون الديه بدون المباشرة لا الكفارة
فان قيل الاثم موضوع في الخطا مع انه موجب للكفاره **قلنا** نعم الاثم مرفوع لعدم الخطا
لكن نفس القتل ثابت اما ههنا نفس القتل غير ثابت وفيه نوع تامل **قوله** يختلف باختلاف الالة
لان القتل ازهاق الحياة وهي غير محسوسة فيكون القصد اليه بالضرب بالسلاح لما ذكرنا ان القصد
امر مبطن ويعلم بالضرب بالالة القاتلة اما الجرح ففعل محسوس ولا يختلف بالالة فكان الضرب
بالخشب والسوط فيما دون النفس عمدا باعتبار الاتلاف والضرب جميعا اما في النفس فقصد التلف
فلا يكون عمدا محضا كذا في المبسوط والذخيرة ولا نعلم فيه خلاف

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في بيان
ما يوجب القصاص وما لا يوجب مقابل حقه ... اذا منعه ان يسلك من حد دخل وسمي القصاص
قودا لان المقتص منه في الغالب يربطه منه ويقود الى القتل فسمي القتل قودا او **قوله** على التابيد
احتراز عن المستامن ولا يشكل بقتل الاب ابنه فانه قتل مسلم لمسلم محقون الدم مع انه لا يجب القصاص
لان ذلك من العوارض فلا بد حل بحث القواعد والكلام في الاصول لا في العوارض ولا القصاص واجب
ولكن سقط لحرمة الابوة كسقوطه بالصلح والعفو فانه ذكر في المبسوط والولد شهيد لا يغسل وقال
في موضع اخر وفي غسله روايتان عن ابي يوسف يغسل لان القتل موجب للمال وفي الظاهر لا يغسل
لان وجوب المال باعتبار انعدام الاهلية للقصاص **قوله** ويتحقق المساواه بين القاتل والمقتول
ولا يشكل فادا قتل المستامن المسلم او الذمي حيث يقتل المستامن قصاصا مع عدم المساواه بينهما لان
هذا تفاوت نقصان فكان وجوب القصاص فيه بالطريق الاولى **قوله** والحر بالعبد وكذا بالامة

ولكن لا يقتل بعبد نفسه عندنا وقال النخعي وداود يقتل بعبد نفسه ايضا لما روى الحسن عن سمرة
انه عليه الصلاة والسلام قال من قتل عبده قتلناه ومن جدع جدعناه وقلنا الحسن ما سمعه من سمرة
ولئن صح كان محمولا على الزجر دون ارادة الايقاع وقيل هذا منسوخ بدليل سقوط القصاص في
الاطراف بين الحر والعبد بالاجماع لان الحكمين ثبتا معا ونسخا معا وقال الشافعي وملك واحمد لا يقتل
الحر بالعبد بل يضمن قيمته لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وهذا يحتمل ان يكون تفسيرا للقصاص
المذكور في قوله تعالى كتب عليكم القصاص فيكون بيانا ان المساواه المعتبره ان يكون الحر بمقابل الحر لا الحر
بالعبد واحتج اصحاب الشافعي بما روى ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال لا يقتل حر بعبد **قوله**
وهي اي المساواه منتفيه بين المالك والمملوك لان المالك قادر والمملوك عاجز قال تعالى عبدا مملوكا
لا يقدر على شي ولا مساواة بين القادر والعاجز ولان الرق موت حكما حتى نسب المعتق بالولا فالولا الى المعتق
اليه اشار قوله عليه الصلاة والسلام لن يجزي ولد عن والده الا ان يجده ... والحرية حياة ولا مساواة
بين الحي والميت شرعا ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفوس اذ
الاطراف تابعة للنفوس فالنفس اولى ان لا يقتل لانهما اي العبد والحر متساويان ولهذا يجري القصاص في
الاطراف في العبد عند الايمة الثلاثة لانتفاء التفاوت بينهما تفاوت الى نقصان فيجوز ان يستوفى
بالكامل دون عكسه كما في الطرف **قوله** وهي اي العصمة بالدين اي عند الشافعي او بالدار اي عندنا
ويستويان فيها اي في الدين والدار وفي المبسوط لنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فهذا
يقتضي القصاص في كل قتل الا ما قام الدليل على منعه و **قوله** الحر بالحر ذكر بعض ما اشتمله العام
على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى دليل
على وجوب قتل الحرة بالامة ثم فايدة التخصيص سبب نزول الاية وهو ما روى عن ابن عباس رضي الله
عنهما ان بني النضير ادعى الفضل فقالوا لو لا نرضى الا ان نقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا
فنزلت ردا عليهم وبيانا ان الحر بمقابله الحر والعبد بمقابله العبد وكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف
الجنس **فان قيل** الحر بالحر الى اخره تفصيل لا طلاق صدر الاية يوجبه حديث ابن عباس كما ذكرنا
وما روى عن علي انه قال من السنة ان لا يقتل الحر بالعبد **قلنا** هذا لا يكون تفسيرا للاطلاق حتى
يرد اطلاق الاية بل يرد لقول العرب كما ذكرنا ولانه كان تفصيلا وتفسيرا يعني ان لا يقتل الذكر بالانثى
بل يقتل بالاجماع وما روى عن علي لا على سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فان القياس من السنة
على ان محمدا روى عنه خلافه وهو الصحيح ولانه محمول على السيد اذا قتل عبده فانهم كانوا مختلفين
في ذلك فمنهم من يوجب القصاص وهذا يحمل حديث ابن عباس ان صح وقيل في مسند حديثه جويبر وهو
ضعيف عند النقلة واما قياس النفس على الطرف فغير صحيح لان وجوب القصاص هناك يعتمد المساواة
في الجزء المبان ولهذا لا يقطع الصحيحة بالشلا والرق مات في اجزا الجسم فيعدم بسببه المساواه ولا
كذلك في النفوس فان الصحيح يعصر بالمومن فاظهرنا اثر الرق في الاطراف دون النفوس لما ان العبد
من حيث النفس ادمي مكلف خلق معصوما من القتل كرامة من الله تعالى على ما لزمه من حمل الامانه
ليمكنه اللتي العصمة تحملها ويوديها كذا في الاسرار والمبسوط وعرف جواب قوله وهي منتفيه بين
المالك والمملوك يعني المساواه تعتبر في حقن الدم على التابيد فقط ولا يعتبر من حيث المالكية ولهذا
يقتل الرجل بالمراة وهي في المالكية دون الرجل **قوله** وجريان القصاص بين العبدين الى قوله ينفي
شبهه الاباحة جواب عما يقال الرق اثر الكفر وحقيقته الكفر يورث شبهه اباحة دمه ولهذا
يقتل المسلم بالكافر مطلقا عند الشافعي فكذا اثره يورث شبهه الاباحة فقال في جوابه لا يورث شبهة

الاباحة به ليلجر مان القصاص بين العبدين **قوله** فلا يبقى ما عداه اي ما عدا المنصوص وفي
مبسوط شيخ الاسلام فايدة التخصيص جعل ما ورا المنصوص موكولا الى اجتهادنا كتخصيص النبي
صلى الله عليه وسلم حكم الربا في الاشيا الستة **قوله** والمسلم بالذمي اي يقتل المسلم بالذمي عندنا
خلافا للشافعي وملك واحمد وابي ثور والثوري والاوزاعي وزفر واصحاب الظاهر وهو قول
عطا والحسن البصري وفي المبسوط الخلاف فيما اذا كان القاتل حال مسلما اما لو قتل ذمي
ذميا ثم اسلم القاتل يقتص بالاجماع وعن ملك اذا قتل المسلم الذمي غيلة يقتل به لما روي
ان عثمان امر به في هذه الصورة ان يخدع الرجل حتى يدخل بيته او نحوه فيقتله او ياخذ ماله
ان كان معه له اي للشافعي قوله عليه الصلاة والسلم الحديث قال الطحاوي روي عن قيس بن عباد
قال انطلقت انا والاشتر الى علي فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهد
الى الناس عامه قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه انه صلى الله عليه
وسلم قال المومنون وفي رواية المسلمون تتكافى دماوهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من
سواهم ولا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث حدثا فعلى نفسه ومن احدث حدثا
او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملايكة والناس اجمعين ولانه لا مساواة بين الكافر والمسلم وقت
الجناية لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكفر من اعظم النقايص والكافر
كالميت قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه والحي من كل وجه
والقصاص ينبني على المساواة وقال تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولان سبب اباحة
دمه كفره قال عليه الصلاة والسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبعقد الذمة الكفر
قايم فاورث شبهة كالملك فانه مبيح الوطي فاذا وجد في الاخت لم يبح الوطي وصار شبهة دارية للحد
ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلم الى اخره روى الدار عن عبد الرحمن بن السلماني عن عمر انه عليه
الصلاة والسلم قتل مسلما بمعاهد ثم قال انا احق من وفى بذمته وروى ايضا عن ربيعة بن السلماني انه
عليه الصلاة والسلم اقاد مسلما قتل يهوديا وقال انا احق من وفى بذمتي وروى ايضا باسناد اخر
عن ابن السلماني انه عليه الصلاة والسلم قتل رجلا من اهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال
احق من وفى بذمته وهذه الاحاديث صريح في دعوانا مويد بعمومات الكتاب وبما روي ان عبيد الله
ابن عمر لما قتل الهرمزان وخفينة النصرانيين فلما استخلف عثمان اجتمع المهاجرون والانصار وفيهم
علي فقال عثمان اشيروا علي في قتل عبيد الله فاجتمع المهاجرون على قتله فقال عمرو بن العاص يا امير
المومنين اعرض عن ذلك انما كان ذلك امر قبل ما يعنك فمن المحال ان يكون المراد من قوله عليه الصلاة
والسلم لا يقتل مسلم بكافر كافر غير حربي والا لا يسر المهاجرون وفيهم علي وعثمان على قتل عبيد الله
وروى ابن ماجه عن ابن عباس انه قال لا يقتل مسلم بكافر حربي ثم حديث الخصم غير صريح في دعواه بل
قابل للتاويل فانه لا يمكن اجراوه على عمومه بالاجماع فان قتل ذمي ذميا ثم اسلم يقتص بالاجماع وتاو
ان المراد بالكافر الكافر الحربي الذي دخل في دار الاسلام بالامان او الحربي مطلقا لما روي عن سعيد بن جبير
انه قال انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مسلم بكافر ان اهل الجاهلية كانوا يطالبون بالدما
فلما جا الاسلام قال عليه الصلاة والسلم لا يقتل مسلم بدم اصابه في الجاهلية والمراد من الحربي من لا يحل
قتله كالنسا والصبيان والرهابين فان المسلم لا يقتل بهم دليل ولا ذو عهد في عهده اي لا يقتل ذو عهد
بالكافر الحربي **فان قيل** قوله ولا ذو عهد في عهده ابتدا كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده
قلنا الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه وخبر الاول نفي القتل قصاصا لا

نفي مطلق القتل فيكون الثاني نفي القتل قصاصا والا لا مناسبة بين الجملتين فيصير كقولهم في عين الذباب
محفوظ وكم الخليفة في غاية الطول فيكون ركيكا كذا في المبسوط والاسرار وفي مبسوط شيخ الاسلام
ولا ذو عهد في عهده جملة ناقصة فيكون خبره خبر الجملة الكاملة وخبر الكاملة نفي القتل قصاصا فيكون
معناه ولا يقتل ذو عهد بمطلق الكافر وليس كذلك بالاجماع فان الذمي يقتل بالذمي بالاجماع **فان
قيل** قد روي في بعض الروايات ولا ذي عهد في عهده اي لا يقتل مسلم بكافر ولا ذي عهد **قلنا**
هي رواية شاذة مجهولة ولئن صح نقول انه معطوف على المومن لا الكافر والجر على الجوار كما في جحر ضب
خرب والمراد بذي عهد المستامن وبه نقول ان المستامن لا يقتل بالمسلم من قال ابن حزم وغيره ان الدار
قطني ما اسند عن ابن السلماني غير ابرهيم بن يحيى وهو متروك الحديث والصواب عن ربيعة عن ابن السلماني
فهو مرسل وابن السلماني ضعيف قلنا ليس كذلك لان ابن السلماني ثقة ذكره ابن حنبل في الثقات وقال
غيره ان روى عنه ابنه محمد لا يقبل روايته وان روى عنه غيره يقبل وابن السلماني رجل معروف
من التابعين واما ابرهيم بن يحيى فهو ابرهيم بن محمد بن سمعان الاسلمي مولى بني اسلم احد الايمة الاعلام
وقد وثقه الشافعي وغيره فاذا ثبت الرواية ثبت صحة الاحاديث فوجب القول به سوا كان مسندا
او مرسلا فان المرسل حجة عندنا وملك واحمد واكثر العلما حتى قال محمد بن جرير الطبري اجمع التابعون
على قبول المرسل ولم يزل الامر كذلك الى راس الماتين فحدث رد المرسل حتى قيل رد المرسل بدعة
قال ابن عبد البر من رد المرسل فقد رد كثيرا من السنن وعند الشافعي يقبل المرسل اذا اسند من وجه
او عضده قول الصحابي او ارسل من وجه اخر وقد روي مرسلا من وجوه اخر رواه ابو داود وراوي
حديث الشافعي علي وقد عمل بخلافه ثبت ذلك بطرق كثيرة والشعبي ايضا احد رواة خبره وهو قتل
المومن بالذمي قال ابن حزم ما روي عن الشعبي ذلك الا ابن ابي ليلى وهو سيي الحفظ قيل هذا غاية
تعصبه وسفاهته لانه ما قال احد من الثقات بسو حفظ ابن ابي ليلى وقد صح عن عمر وعثمان وعبيد
الله بن عمر انهم قتلوا مسلما بذمي نعلم ان المراد بالكافر في حديثه الكافر الحربي مع انا بينا انه دون
تاويل الكافر بالحربي لا يستقيم الكلام ولا يقال لم لا يخصون الكافر بالحربي في قوله عليه الصلاة والسلم
لا يرث المسلم الكافر لان مبنى الارث على اتحاد الملة بالاجماع فكل كافر يخالف ملة الاسلام اما
القصاص فمبناه على المساواة في اصل العصمة والمسلم والذمي في ذلك سوا لقوله عليه الصلاة والسلم
انما بذلوا الجزية ليكون دماوهم كدمائنا واموالهم كاموالنا مع ان الكافر في حديث الارث محلى باللام
التي هي من صيغ العموم واما في مسلتنا ليس كذلك **قوله** ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى
الى التكليف او الدار يعني مستحق البقا لاقامة التكاليف ولا يمكن من اقامتها الا بان يكون محرم التعرض
بنوع اسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح للقتل بنفسه بل بواسطة الحراب وقد سقط الحراب بعقد
الذمة وصار من اهل دارنا فلم يبق الكفر مبيحا ولهذا كفر المراة لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب
لانها بنفسها غير صالحة له والعصمة بالدار موثرة في النفس والمال جميعا حتى يجب القطع بسرقة ماله
وحقن دمه ايضا بعقد الذمة لانه خلف الاسلام حتى يعرض ذلك اذا طلبوا منا كقبول الاسلام والخلف
يعمل عمل الاصل كذا في المبسوط **قوله** والقتل بمثله الى اخره قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفره غير
مبيح اذ الشبهة تمكنت في محل لا يحلف باختلاف المتناول **قوله** والمراد بما روى يعني الشافعي الحربي كما
ذكرنا بسياقه اي سياق الحديث وقد بيناه واما الجواب عن تمسكه بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار
على عدم المساواة هو ان المراد بعدم المساواة عدم المساواة في المعنى الخاص وهو الفوز والنجاة بدليل
سياق الاية وهو قوله اصحاب الجنة هم الفايزون والا المساواة بينهما في بعض الوجوه ثابتة وكذا المراد

من قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا في حكم يوم القيمة بدليل سياق الاية وهو قوله تعالى
فالله يحكم بينكم يوم القيمة والان نحن نشاهد استيلاءهم على المسلمين واموالهم وكذا قوله تعالى او من كان
ميتا فاحييناه اي مشركا بحسب الاعتقاد وحكم الاخرة لا بحسب احكام الدنيا **قوله** لا نداي المستامن
على قصد الرجوع فكان كفره باعثا على الحراب وانما ترك الحراب زمانا لمصلحة فلم يكن قتله حراما محضا
فلا ينهض سبب الوجوب القصاص وعن ابي يوسف يقتل المستامن لحرمة قتله بالامان كعقد الذمة
و **قوله** لما مثنا اشارة الى قوله ولا ذو عهد في عهده ولا يقتل الذمي بالمستامن وقياس الائمة الثلاثة
يقتل وقد صرح في الاسرار قول الشافعي لان المستامن حقن دمه بالامان كالذي يعقد الذمة صارا
متكافئين **قوله** قياسا لانهما حقنا دمهما بالامان فصارا متكافئين وبه قالت الائمة الثلاثة ولا
يقتل استحسانا لقيام المبيح وهو الكفر الباعث على الحراب لما قلنا انه على قصد الرجوع **قوله** ويقتل
الرجل بالمراة الى قوله بالعمومات وهو قول اكثر اهل العلم وعن عطا والحسن البصري اذا قتل الرجل
المراة فوليها ان شا اخذ ديتها ستة الاف درهم وان شا دفع الى ولي القاتل ستة الاف وقتله هكذا
روي عن علي وذكر في الكشاف في تفسير قوله تعالى والانثى بالانثى قال مالك والشافعي لا يقتل الذكر
بالانثى لكن هذا يخالف لعامة كتب الشافعي ومالك والمراد من العمومات قوله تعالى ان النفس بالنفس
وقوله كتب عليكم القصاص وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا **قوله** ولا
يقتل الرجل بابنه والام كالاب وكذا الاجداد والجدات وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك
ان ذبحه ذبحا يعني قصد قتله اما لو رماه بالسيف والسكين ولم يرد قتله فلا قصاص هكذا ذكر
في كتب اصحابنا واصحاب الشافعي وفي الجواهر المالكية قال اشهب لا يقتل الاب بابنه بكل حال للشبهة
وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك والمذهب اذا وقع على وجه يحتمل فيه الشبهة كما لو
حذفه بسيف او غيره فقتله ثم ادعى انه لم يرد قتله بل اردت تاديبه لا يقتل اما لو اضجعه فذبحه
او شق جوفه او جرحه فقطعها او وضع اصبعه في عينه فاخرجها فانه يقتص في جميع ذلك وكذا لو اعترف
بقصد القتل وقال البتي وداود وابن المنذر وابن الحكم يقتل الاب بقتل ابنه للعمومات ومالك
يقول القصاص يسقط بالشبهة وفي غير الاضجاع وشق الجوف الشبهة ادعاه يعتبر ويسقط القصاص
وقلنا خص العمومات بقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده كما خص قتل المولى عبده بالاجماع
وبقوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل السيد بعبده وكما خص قتل الاب عبد ابنه عمدا فانه لا يقتص
بالاجماع وما قال ابن المنذر ان ما روي في ذلك غير ثابت قلنا ثابت رواه ابن ماجه قال ابن
عبد البر حديث لا يقاد الوالد بولده مشهور عند اهل العلم بالحجاز والعراق فيستغنى عن الاسناد
لشهرته وقوله يقاد مجهول بقيد لا مجهول يقاد **قوله** او زانيا وهو محصن اي اذا وجد الاب
زانيا والاب محصنا او وجده مرتدا ليس للابن ان يقتله شرعا وفي المبسوط والاسرار قوله صلى الله
عليه وسلم انت ومالك لابيك ظاهره يوجب كونه مملوكا لابيه ثم حقيقة الملك تمنع وجوب القصاص
كالمولى اذا قتل عبده فكذا شبهة الملك باعتبار الظاهر بخلاف ما لو زنى بنته حيث يجب الحد وان كان
رحما كما لو زنى باجنبية لان الحد محض حق الله تعالى جزاء على ارتكاب ما هو حرام محض فعند اضافة
الولد الى الوالد تزداد الحرمة فلا يسقط الحد ولو وطي جارية الابن يسقط الحد لان اضافة الجارية
بالملكية وحقيقة الملك فيها يوجب الحل فظاهر الاضافة يوجب شبهة ايضا ولان اللام في قوله
عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك لام تمليك فانما يوجب شبهة الملك فيما هو محل الملك لا
في الحرة **قوله** والقصاص الى اخره جواب سوال وهو ان يقال لو استوفي القصاص منه لا يكون هذا

استيفاء من الولد فان استيفاء القصاص يقع من وارث الولد وهو ابنه مثلا فقال القصاص يستحقه
المقتول اولا ثم يخلفه الوارث اي يجب للمقتول اولا ولهذا لو عفى المجروح يصح فلما لم يكن للولد ان
يقتل اباه قصاصا لم يكن لولده ان يقتل جده ايضا ولهذا لو كان ابنه عبدا للغير فقتله الاب ليس لمولى
العبد استيفاء القصاص لان وجوب القصاص بطريق الخلافة عن المقتول فنزل منزلة وارثه والوارث
لا يملك الاستيفاء منه فكذا المولى كذا في المبسوط **فان قيل** لا نسلم هذا على اصل ابي حنيفة
لان القصاص بعد موت المورث للوارث ابتداء عنده الا يرى ان احد الورثة لو برهن على القصاص
عند غيبة الباقين لم يثبت في حق الباقين عنده حتى لو حضروا كلفوا على اقامة البينة **قلنا**
عنده يجب القصاص للمقتول من وجه لان السبب وجد في حقه ولهذا يصح عفو المجروح ويجب
للوارث ابتداء من وجه لانه شرع لدرك الثار وتشفي الصدور وابقاء الحي والكل يتحقق في حق
الوارث لا في حق الميت مع انه لا يبقى اهلا لاستحقاق شي لموته ولهذا قالوا لو عفى الوارث صح عفوه
ولو كان يجب ابتداء للميت لما صح كما لو وجب قصاص لابيه وابرأ الغريم عن دينه حال حياته واذا كان
كذلك يجعل القصاص مستحقا للميت احتياطا للدرء ثم على الاباء والاجداد الذين يقتل الابن عمدا في
ما لم في ثلاث سنين عندنا وسيجي في الديات **قوله** ويقتل الولد بالوالد لعدم الشبهة وهو قول
اكثر اهل العلم وحكي عن احمد في رواية شاذة انه لا يقتل **قوله** ولا يقتل بعبده الى قوله ان
القصاص لا يجري لا نعلم فيه خلافا **قوله** وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا
وبقوله قال مالك واحمد واصحاب الظاهر اما لو كان ذلك الفعل غير مشروع بان لاط بصبي او
وطي صغيرة حتى قتلها او سقاه خمرا حتى مات اختلف اصحابه قيل يجز رقبته وفي الحلواني يتخذ
اله على مثل هذا الذكر فيفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يسقى الماء حتى يموت وفي الحلية والمذهب انه
يجز رقبته وكذا لو انهشه حية فقتل فقتلته او حبسه في بيت فيه سبع فافترسه ففيهما يقتص به وجهان
ولو فعل به مثل ما فعل فلم يمت ففيه قولان احدهما انه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت وبه قال
مالك والثاني انه يعدل عنه الى السيف واحتجوا بقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به
وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وبما روي عن انس بن مالك انه قال ان جارية وجد راسها
قد رض بين الحجرين فسالوها من فعل بك هذا فلان وفلان حتى ذكروا يهوديا فاومت براسها فاخذ
اليهودي فاقر فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرض راسه بالحجارة وانما المعتبر في القصاص
المساواة في الفعل والمقصود والمقصود وقد روى البخاري انه عليه الصلاة والسلام قال العمد
قود والقود في لغة العرب المعارضة بمثل ما ابتدا به وبحديث العرنيين فانهم سملوا اعين الرعاة
فسمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم ولانه القصاص الذي ينبئ عن المساواة فيما ذكرنا لانه مساواة
في الفعل كما قال ابو حنيفة رحمه الله في القتل عمدا بعد القطع للمولى ان يفعلهما كما يجي ولنا وبقولنا قال
احمد في رواية قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف رواه ابن ماجه ولا يجوز ان يكون معناه لا
قود يجب الا بالسيف لان القود يجب بغير السيف بالاجماع كما يقتل بالنار والسكين وغيرهما فعلم ان
السيف مخصوص بالاستيفاء ولانه لو اريد به الوجوب لقال الا عن سيف لان عن لانتزاع الحكم عن السبب
كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وادوا عن من تمونون والنار الة القتل فعلم ان
المراد الاستيفاء اي لا يستوفي الا بهذه الالة وقال صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار **قوله**
والمراد به اي بالسيف السلاح هكذا نصت الصحابة وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح يؤيده
ما روي عن الحسن البصري والشعبي انهما قالا لا قود الا بالحديد ولان فيما ذهب اليه الخصم قتل الحيوان

او هو منهي عنه بالاتفاق ولان فيما ذهب زيادة استيفا يعني ان المستحق بالقصاص انما يستوفى
بالطريق الذي تبين انه طريق له وجز الرقبة متيقن بانه طريق استيفا فاما قطع اليد او الرجل او
غيرهما فلا يكون طريقا لذلك الا بشرط السرايه وهو موهوم وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط
فقبل السرايه لا يكون هذا الفعل مشروعا فضلا ان يكون مستحقا فيكون القطع زيادة على ما كان منه
وهو حرام فيجب الحجر عنه كما في كسر العظم لا يجب القصاص فيه الا في السن فلما جاز ترك القصاص
اصلا لتوهم الزيادة فلان يسقط البعض منه لتوهم الزيادة اولى كذا في الاسرار والمبسوطين ولان
هذا قتل يستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد كما لو قتله باللواطة وسقي الخمر وكما لو قطع
الطرف بالة مسمومة فانه لا يستوفى بمثله واما قوله تعالى فعاقبوا الاية وروى الطحاوي عن مقسم عن
ابن عباس وعن ابي هريرة انه عليه الصلاه والسلم قال لما قتل حمزة ومثل به لين ظفرت بهم لامثلن بسبعين
رجلا منهم فانزل الله تعالى وان عاقبتم الاية فصبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكفر عن يمينه فعلم ان
الاية نزلت في هذا المعنى لا فيما ذكرتم ولذا قوله تعالى فاعتدوا عليه يدل على المماثلة لا الزيادة وفيما
قلتم الزيادة كما ذكرنا واما حديث اليهودي فطريق السياسة لان اليهودي كان مشهورا بذلك فامر صلى الله
عليه الصلاه والسلم لكونه ساعيا في الارض بالفساد لا بطريق القصاص اذ باشارة الجارية براسها لا
يجب القصاص وما قيل ان اليهودي اقر غير مشهور **قيل** رواه مسلم **قلنا** روى مسلم انه صلى الله
عليه وسلم امر برجم اليهودي حتى مات فدل ان اليهودي قتل بغير ما قتل رجما اذ الرجم قد يصيب الراس
وغيره وليس صح نسخ بنسخ المثلة كما سبقت في حديث العرنيين ومعنى قوله العمد قود اي موجب للقود وهو
مسلم والقود يوجب المساواة مسلم ولكن المساواة فيما ذكرنا وهو الجواب عن قوله يوجب المساواة
قلنا نعم ولكن هي فيما ذكرنا لا فيما ذكرت **قوله** وله اي للمولى القصاص عندهما وبه قال الائمة الثلاثه اذا
كان قاتله عبدا اما لو كان قاتله حرا لا يجب القصاص على الحر بقتل العبد عندنا وسواء ترك وفاء عندهم او لا
وعندنا اذا لم يترك وفاء لا يجب القصاص كما يجي لهم انه قن فوجب له القصاص كما قبل الكتابة وكما لو
لم يخلف وفاء **قوله** اشتبه سبب الاستيفا فان سبب استيفا القصاص الولا ان مات حرا والملك ان كان
قنا فصار كاختلاف المستحق فيما اذا مات وترك وفاء وله وارث **قوله** فلا يبالى به اي فلا يعتبر اختلاف
اختلاف السبب لعدم افضايه الى المنازعة كما لو قال المقر لك علي الف من ثمن عبد وقال المقر له لا بل
قرض يجب الالف على المقر بخلاف تلك المسلة اي مسلة الجارية فان ملك اليمين يثبت الحل تبعا والنكاح
مقصودا فالحل الثابت مقصودا غير الحل الثابت تبعا ويختلف احكامهما ولما لم يتفقا على احد الحكمين
لم يثبت الحل **قوله** فلا قصاص اي باتفاق اصحابنا خلافا للائمة الثلاثه **قوله** ظهر الاختلاف بين الصحابه
في اجره قال علي وابن مسعود يموت حرا ... ية كتابته فيكون الاستيفا لورثته وقال زيد بن ثابت
يموت عبدا وبه قال الشافعي واحمد فيكون الاستيفا للمولى بخلاف الاولى اي المسلة الاولى **قوله** بخلاف
معتق البعض اذا مات ولم يترك مالا اي لا يجب القصاص للمولى لعدم ملك المولى بموته فلا كليه وبه
قال القفال من اصحاب الشافعي وعلى هذا قول من قال بتجزي الاعتاق **قوله** ولو تولاه اي الراهن استيفا
القصاص سقط حق المرتهن في الدين لانه بصيرها لكا بلا بدل وليس له ان يتصرف على وجه يسقط حق
الغير بلا بدل فاذا اجتمعا كان للراهن ان يستوفي القصاص لان المرتهن رضي بسقوط حقه وفي العين
والجامع الصغير لفخر الاسلام وغيرهما انه لا يجب لهما القصاص وان اجتمعا لما ذكرنا ان لكل جنايه كما
لو قتل عبد المكاتب واجتمع المولى مع المكاتب وتجب الديه في مال القاتل في ثلاث سنين وفي الايضاح
اذا اجتمعا للراهن ان يقتل عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا لما ذكرنا وابو حنيفة يقول الجنايه وقعت و

على ملك
الراهن من كل وجه فينفرد بالاستيفا الا ان فيه حق المرتهن فاذا رضي القصاص سقط دينه واذا قتل
سقط دينه لان القصاص لا يصلح بدلا عن الماليه فصات الماليه هالكه في ضمان المرتهن لا الى بدل فيسقط
الدين وقال الشافعي واحمد استيفا القصاص للراهن لانه هو المالك فاذا استوفى لم يجب للمرتهن عليه شي
عند الشافعي واحمد في روايه وقال احمد في روايه يجب عليه قيمته فيكون رهنا مكانه لانه اتلف مالا لا
استحق بسبب اتلاف الرهن فيغرم قيمته وقلنا لم يجب بالجنايه مال ولا استحق بحال **قوله** واذا قتل
ولي المعتوه اي قريبه فلابيه اي لاب المعتوه حد المقتول ان يقتل وبه قال ملك واحمد وقال الشافعي لم يكن
لوليه استيفاوه لان فيه بطلان حق الصغير والمعتوه بل ينتظر فيه بلوغ الصبي وافاقة المجنون وحبس القاتل
وكذا اذا كان وارث القود غايبا لانه اي استيفا القصاص من الولايه على النفس لانه شرع للتشفي
فيلي الاب كالانكاح لكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفا القصاص فان الاخ يملك الانكاح
ولا يملك استيفا القصاص لان القصاص للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه
فلذلك جعل التشفي الحاصل للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ **قوله** وله ان يصالح لكن هذا فيما
اذا صالح على قدر الدية ولو صالح باقل منه لم يجز الحط وان قل وجب كمال وقال الشافعي في المنصوص
واحمد في رواية لا يجوز لانه لا يملك اسقاط قصاصه وقال الشافعي في قول واحمد في روايه يجوز
اذا كان الصغير والمجنون محتاجا الى النفقه ولا اما لهما حاجة الى الحفظه وفي الحليه قال بعض اصحابنا
ان كان وليه حاكما للحاكم عفوه لانه يحكم باجتهاده وليس يشي و **قوله** لما ذكرنا اشاره الى قوله لانه
من باب الولايه على النفس لانه اي الوصي ليس له ولايه على نفسه اي نفس المعتوه وهذا اي استيفا
القصاص من قبيله اي من قبيل الولاية على النفس على ما قيل المذكور يندرج تحت هذا الاطلاق
وهو قوله والوصي بمنزله الاب وانه يجب تعقده اي تعقد الوصي وهذا يدل على ان صلح الرهن
في النفس ما لديه يجوز كذا في جامع المحبوبي لانه يحصل بمال بمقابله ما ليس بمال والوصي قام مقام
الاب فيه **قوله** قالوا اي المشايخ القياس ان لا يملك الوصي الاستيفا في الطرف كما لا يملكه
في النفس وفي المحيط وهو روايه عن ابي حنيفة وهو الاظهر على قولهما لانهما يجعلان الطرف كالنفس
في حكم القصاص بالنكول كذا في المبسوط وهو قول الشافعي كما لا يملكه في النفس وفي الاستحسان
وبه قال ملك واحمد وفي جامع ابي الليث هذا اذا ادرك معتوها فان ادرك عاقلا ثم عته لا
ولايه للوصي في ماله الا في نفسه في قول زفر وعند ابي يوسف حكمه حكم الذي ادرك معتوها سوا
وفي المحيط ومبسوط بكر لو جن ويعتق فهو كالصحيح ولو جن بعد القتل ان كان هذا الجنون الحادث
مطبقا سقط القود وعن محمد لو جن بعد القتل لا يقتل وكذا لو عته بعد القتل ولو قضى عليه بالقتل
لا يقتل قياسا وقال في موضع اخر يقتل وعن ابي يوسف قبل الرفع الى الوالي قياسا وبعد الرفع
استحسانا **قوله** والقاضي بمنزله الاب في الصحيح بمنزله السلطان وفي المحيط وقال ابو يوسف
ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان
الحق للمسلمين وقلنا للسلطان ونايبه ولاية عامة فيلي الاستيفا **قوله** فللكبار ان يقتلوا القاتل
عند ابي حنيفة ... قبل بلوغ الصغار وبه قال ملك واحمد في روايه والليث بن سعد وحماد بن سليمان
والاوزاعي وزاد ملك وقال ان كان ... ولد صغير واخ كبير او اخت كبيره فللاخ او للاخت ان
يقتصا قبل بلوغ الصغير وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد في الاظهر واسحاق وعمر بن عبد العزيز
وابن شبرمة وابن ابي ليلى ليس للكبار ذلك حتى يدرك الصغير ويعتق المجنون لان القصاص حق مشترك
بينهم فكان للكبار بعض الحق والبعض لا يصلح للاستيفا لان القتل غير متجزي لانه تصرف في الروح و ذا

اي للاب ان يصالح

لا يقتل

لا يقبل الوصف ما يتجزى وفي استيفاء الكل ابطال حق الصغار ولا ولاية للكبار على الصغار في حقهم فوجب الانتظار الى بلوغهم كما لو كان القصاص بين الكبيرين واحدهما غايب او كان بين المولين واحدهما غايب صورته يعتق رجلين قتل واحد موليه غايب فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغايب وفي المبسوط عبد مشترك بين الصغير والكبير فقتل ليس للكبير استيفاء القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاجماع
وله اي لابي حنيفة انه اي القصاص حق لا يتجزى كما مرّ والاصل ان ما لا يتجزى اذا وجد سببه كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كما في ولاية الانكاح وولاية الامان واذا كان كذلك انفرد كل واحد باستيفائه وفي المبسوط واستدل ابو حنيفة ايضا بما روي ان الحسن بن علي قتل عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا وفي اولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم والمعنى ان القصاص يجب للورثة ابتداء بطريق الخلافة ولهذا لو انقلب مالا يجب فيه حق الميت من قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا فقد بين ان القصاص للولي القائم مقام الميت والقصاص لا يحتمل التجزي فيتكامل في كل واحد بمنزلة الاولياء في النكاح ولهذا لو استوفى احدهم لا يضمن للباقين شيئا ولا للقاتل ولو لم يكن جميع القصاص ثابتا له لكان ضامنا باستيفاء الكل وهذا بخلاف ما لو عفى احدهم فان الواجب بعد العفو المال للباقين والمال يحتمل التجزي فيظهر حكمه عند وجوب المال وهذا لانا لو بقينا القصاص بعد عفو احدهما كان من ضرورته تعدد القصاص الواجب في المحل وهو غير متعدد في المحل فاما قبل العفو لو قلنا كل واحد منهم متمكن من استيفائه لا من ضرورته تعدد القصاص هذا بخلاف ما لو كان احدهم غايبا فان هناك جميع القصاص ثابت للحاضر ولكن لا يمكن من الاستيفاء لشبهة عفو موجود لجواز ان يكون الغايب عفى والحاضر لا يشعر وعفوه صحيح علم بوجوده الحاضر ام لا **فان قيل** قد قال بعض اصحاب الشافعي ان ابن ملجم قتل عليا مستحلا دمه على معتقد الكفره وكان مرتدا فقتله الحسن لذلك او قتله لسعيه في الارض بالفساد والامام قتله والحسن هو الامام ولهذا لم ينتظر الغايبين من الورثة ولا خلاف منا في وجوب انتظارهم **قلنا** لا خلاف بين احد من الامة ان ابن ملجم لم يقتل عليا الا متاولا مجتهدا مقدرا على انه على صواب وان عبد الرحمن بن ملجم لم يخف السبيل ولم يسع في الارض بالفساد لانه لم يفعل منه هذا الفعل فعلم ان الحسن قتله قودا قال ابن حزم هذا اتمّ له الاجماع وهو حجة على الشافعيين ومن تابعهم وقد عاند وانما ذكروا
قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع اي في الحال ولا يعتبر الشبهة في المآل لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان المقتول عفى قبل قتله كذا في مبسوط شيخ الاسلام وجامع المحبوبي
قوله ومسئلة ليس ممنوعة وفي الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان قتل وقتل وله موليان ويجوز ان لا يثبت القتل لاحدهما الا اذا اجتمعا كما في انكاح امة مشتركة او امة اعتقها رجلان لان كل مالك للنصف والولاية على الشخص لا تثبت الا بالكل والكل لا يثبت الا بهما فعاما مقام رجل واحد والواحد منهما لنصف رجل وشطر عليه وفي المبسوط وضع المسئلة في عبد بين صغير وكبير كما ذكرنا فقال هناك الملك وهو غير متكامل لكل واحد منهما فان الملك يحتمل التجزي ولهذا لم يكن لاحدهما ولاية تزويج امة بينهما بخلاف السبب قرابة وهو لا يحتمل التجزي ولهذا كان لكل واحد من الاولياء ولاية تزويج المراة **قوله** وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله انما يجب اذا جرح ذكر الطحاوي وجه الظاهر ان الحديد في كونه الة للقتل منصوص عليه قال عليه الصلاة والسلام القتل خطا كله الا الحديد وفي رواية الا السيف والحكم في المنصوص لا يتعلق بالمعنى وجه رواية الطحاوي عنه ان الحديد اذا لم يجرح لم يكن عاملا بمعناه الموضوع له وهو تفريق الاجزاء فصار كالحجر العظيم **قوله**

وان اصابه بالعود وهي مسئلة القتل بالمثقل وقد مرت في اول الكتاب وان اصابه بظهر الحديد اي لم يجرحه فعندهما يجب القصاص وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** وهو الاصح على ما بيّنه وهو قوله بعد ذلك ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر الى اخره يعني بدون الجرح لا يتكامل الفعل لانه بدون افساد الظاهر الى اخره يعني بدون الجرح لم يتكامل فلا يستدعي العقوبة المتناهية فعلى هذه الرواية الحديد وغيره من الالات سوآء فلو جرح يجب القصاص سواء كان حديدا او غيره وان لم يجرح لا يجب سوآء كان حديدا او غيره كذا ذكره قاضي خان وفي المحيط ضربه بسيف في غمده فخرق الغمد وقتله فلا قود عند ابي حنيفة وقال محمد ان كان العمد وحده قاتلا قتل به وبه قالت الائمة الثلاثة
قوله وهي مسئلة الموالاة بالعصا الصغيرة والحجر الصغير فعند الشافعي ومالك واحمد يوجب القود وعندنا لا يوجب وهو قول الشافعي واحمد ومالك ايضا وعلى هذا الخلاف اذا طرحه في بير او القاه من جبل او سطح وفي المغني القاه من سفينة في بحر او دجلة فرسب كما وقع فمات فعلى عاقلته الدية عندنا وان سبح ساعة ثم غرق فلا دية فيه ولو القاه من جبل او سطح او في بير يرجى حياته غالبا فهو خطا العمد وفيه الدية بالاجماع الا على قول مالك فان عنده في شبه العمد القود وان لم يرج حياته ولا يمكنه التخلص ففيه القصاص عندهما وعند الائمة الثلاثة خلافا لابي حنيفة وفي الاصل خنق رجلا فمات فلا قود عنده خلافا لهم ولو تركه ثم مات فان كان خنقه مقدارا يموت الانسان منه غالبا ففيه القصاص عندهم والا فلا وفي الجامع الصغير لو احمى تنورا فالقاه او القاه في النار لا يستطيع الخروج منها فاحرقته ففيه القود وفيه اشارة الى الاجماع يكفي للقود وان لم يكن فيه النار وفي جمع التفاريق وهو الصحيح ولو القاه في نار فاخرج وفيه رمق فمكث مضنى منه حتى مات ففيه القود وان كان يجيء ويذهب فلا ولو اوجره سما كارها او ناوله واكرهه على شربه فلا قود فيه وقيل على هذا الخلاف فعندهم ان كان السم مقدارا يقتل غالبا يجب القود والا فلا وعنده يجب القود في الصورتين اما لو ناوله فشربه من غير اكراه فلا قصاص ولا دية بالاجماع علم به الشارب اولا وعن الشافعي واحمد في وجه اذا لم يعلم بانه سم يجب القود وفي وجه لا يجب وفي وجوب الدية قولان لهما ولمالك في نفي شبه العمد روايتان فعلى رواية ففيه يجب القود اذا لم يعلم **قوله** لهم اي للشافعي ومن تابعه وابي يوسف ومحمد وجه التمسك بالحديث للشافعي ظاهر ولهما ان القصاص موجود الا ان استيفاء القصاص بالسيف عرف بنص اخر وهو قوله لا قود الا بالسيف كذا في الاسرار اولهما الاستدلال بالمعقول ولا مرآء اي لا شك في العصمة يعني قتل ادميا معصوما عمدا فيجب القود كما لو قتله بالسيف والالة الجارحة لان القصد من عمل القلب وهو باطن فيعرف بالسبب الظاهر وهو الالة القاتلة غالبا وقد وجد وله اي لابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام الا ان الحديث وقوله في كل خطا ارش من تتمة الحديث المقصة المقراض الحلم الذي يجز وهما جلمان يعني سمي المقصة مقصة لان كل واحد من الحديدين يماثل الاخر وفي التنزيل قصيه اي اتبعي اثره واتباع اثر الشيء بيان مثله وفي بعض النسخ الجلمان ولا وجه له **قوله** ولا تماثل بين الجرح والدق انما قال هذا لانه الحق العرق بالمثقل
قوله لان القتل بالسلاح غالب كما بينا وبالمثقل نادر وشرعية الزجر في الغالب لا النادر ولهذا شرع الحد في شرب الخمر لا في شرب البول **قوله** غير مرفوع اي غير ثابت انما هو من كلامه رواية والا يلزم التحريق وهو منهي قال عليه الصلاة والسلام لا يعذب بالنار الا رب النار او هو منسوخ بهذا الحديث او محمول على السياسة بدليل اضافته الى نفسه حيث قال غرقناه واستيفاء القود الى الوالي دون الامام فينبغي ان يقال من غرق نغرق ان كان بطريق القود كذا في الاسرار او مثاليه اي اشار الى الحمل على السياسة **وقوله** واختلاف الروايتين بالرفع لانه مبتدا وخبره في الكفارة يعني اختلاف

الروايتين عن ابي حنيفة في وجوب الكفارة في القتل بالمثقل لا في الدية فان الدية تجب بلا تردد والمصنف لم يذكر رواية عدم وجوب الكفارة بل ذكره في الايضاح بقوله ما وجدت في كتب اصحابنا كما قاله فيحتمل انه ذكره في كتاب اخر او مراده من اختلاف الروايتين اختلاف القولين **قوله** احد نوعي الخطا وهو الخطا في القصد **قوله** على اليمان ابي حذيفة روي انه في ليلة في غزو الخندق قتله المسلمون وهم يظنون انه مشرك فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها حذيفة لهم **قوله** لسقوط عصمته بتكثير سوادهم لقوله صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم الحديث وفي المجتبى هذا حال من كثر سوادهم ولم يتزين بزيهم ولم يتخلق باخلاقهم فكيف حال المتزينين بزيهم والمتخلقين باخلاقهم في زماننا وفي السير فان علم مسلما بعينه قد جاء به العدو ومكرها فقتله بالرمي وهو يعلم حاله يجب القود قياسا لانه عمد محض ولا يجب استحسانا لان كون المقتول في موضع اباحة القتل يصير شبهة في اسقاط القصاص وعليه الدية في ماله ولا كفارة ولو اختلفا فقال ولي المقتول قصدته برميك بعد علمك انه مكره من جهة العدو وقال الرامي لا بل قصدت المشركين فالقول للرامي لانه متمسك بالاصل وهو اباحة الرمي اليهم ولو التقت السريتان ليلا من المسلمين كل واحد يظن ان صاحبها من المشركين فاجلوا عن قتلى ثم علموا فلا شيء عليهم من دية وكفارة لان كل واحد منها باشر دفعا مباحا وبحب ان يغسلوا كذا ذكره التمرتاشي فعلى الاجنبي ثلث الدية وقال الشافعي واحمد في قول انه يجب على الاجنبي القود لانه عمد محض كما يجب على شريك الاب وقلنا قتل مركب من موجب وغير موجب فلم يوجب القود وفي النوادر يغسل ويصلى عليه عند ابي حنيفة ومحمد وهذا يدل على عدم اعتبار فعله لانه لما غسل وصلي عليه صار كانه مات حتف انفه من غير فعله فعلم ان فعله على نفسه غير معتبر وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه لانه باغ على نفسه وهذا اثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغ على نفسه على ما ذكرناه وفي بعض النسخ على ما كتبناه وفي تجنيس المصنف قال الحلواني يصلى عليه لانه لو تاب يقبل توبته قال تعالى ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وقال السغدي لا يصلى عليه لانه لا تقبل توبته لما انه باغ على نفسه وذكر الحلواني في جامعه يغسل ويصلى عند ابي حنيفة ومحمد لان اتمام القتل بالموت وعند الموت ليس هو باهل للمأثم وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه كما اذا قتله غيره وهو ظالم **قوله** فيجب عليه اي على الاجنبي ثلث الدية فيكون في ماله لانه عمد فلا تتحمله العاقلة

فصل

لما فرغ من بيان ما يوجب القصاص الحق هذا الفصل به لان فيه مسائل عرضية ايجاب القصاص يقال شهر سيفه شهره شهرا اي سله من جد مع الطل دمه اي اهدر **قوله** لانه اي القتل تعين طريقا لدفع القتل حتى لو امكنه بطريق اخر لا يسعه قتله ولا يعلم فيه خلاف و**قوله** فعليهم اي قول صاحب المختصر اشاره اي قوله فعليهم اشاره الى الوجوب والمعنى اي معنى وجوب دفع الضرر لان دفع الشر واجب لا ان يكون عين القتل واجبا وهكذا قتل الحربي واجب لا لعينه بل لاعلاء كلمة الله و**قوله** لما بينا اشارة الى الحديث والمعنى المعقول **قوله** وقال الشافعي لا شيء عليه وكذا في الصبي والدابة وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم وعند مالك في المضطر كذلك اما لو كان الصائل عبدا او صيد الحرم لا يضمن بلا خلاف **قوله** لانه اي المشهور عليه يصير محمولا على قتل الشاهر بفعل الشاهر وهو شهر السيف فاشبه المكره يعني علة ان بهذا الفعل سقط عصمته دمه صار كانه اكرهه على قتله فيكون المشهور عليه مكرها بهذا الطريق كذا ذكره البرغري وكذلك اذا اكره رجل اخر وقال لاقتلنك والا لتقتلن فلانا فقتله المكره

لا يجب عليه شيء فكذا هنا **قوله** حتى يتحقق اي فعل الدابة لا يوجب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار متفق عليه اما فعلهما اي الصبي والمجنون معتبر حتى لو حققناه يعني لو اتلفا مالا او نفسا يجب الضمان عليهما في مالهما **قوله** الملف مالا معصوما حقا للمالك الى اخره يعني عصمة الدابة لحق المالك فلا يسقط بفعل الدابة والحاصل ان فعلهما غير متصف بالحظر فلم يقع بغيا فلا يسقط العصمة وعصمته مثل النفس المعصومة ووجوب القود الا انه امتنع القود لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية **قوله** لا يجب القصاص اي على الشاهر وهو الصبي والمجنون **قوله** فضربه اي الشاهر فانصرف وترك الضرب ثم قتله الاخر اي المشهور عليه فعلى القاتل القصاص لانه لما شهر حل دمه دفعا لشره فلما لم يفعله وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته **قوله** قاتل دون ماله اي لاجل ماله **قوله** ومعنى المسئلة الى اخره وهكذا في الشاهر بالسيف بلا خلاف بين العلماء حتى اذا امكنه الدفع بطريق اخر بتهديد او صياح او ضرب يكون القتل مضمونا عليه وعن ابي يوسف رحمه الله اذا كان فيه المسروق عشرة فصاعدا يقاتل بالسلاح وان كان اقل يقاتل دون السلاح وكذا الحكم في المعاون اليه اشار في جامع المحبوبي ومن نظر في بيت انسان من ثقب او شق باب او نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة او رماه بحصاة ففقأ عينه يضمنه عندنا وعند الشافعي واحمد لا يضمنها لما روى ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام لو ان امرا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح وعن سهل بن سعد ان رجلا اطلع في حجر باب النبي صلى الله عليه وسلم يحك راسه بمدرى في يده فقال صلى الله عليه وسلم لو علمت انك تنظرني لطعنت بها في عينك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في العين نصف الدية وهو عام لان مجرد النظر اليه لا يبيح الجناية عليه كما لو نظر من الباب المفتوح وكما لو دخل بيته ونظر فيه او نال من امراته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه ولا قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الحديث يقتضي عدم سقوط عصمته والمراد بما روي المبالغة في الزجر عن ذلك كذا في مختصر وكل من اراد ان ياخذ مال مسلم او يقطع عضوه او يزني بامراته فله دفعه بغير السيف وان لم يندفع يضربه بالسيف وكذا لو راى رجلا يزني بامراته يدفعه بغير السيف فان لم يندفع يقتله ولا خلاف لاهل العلم فيه فان قتل رجلا وادعى انه كان يزني بامراته وكذا فلا بد من بينة قيل يكفي شاهدان لان البينة تشهد على وجوده مع المراة وقيل تاني باربعة لان روي عن علي كذلك **قوله**

باب القصاص فيما دون النفس

لما ذكر احكام النفس احتاج الى بيان ما دون النفس لان الجزء يتبع الكل ولانه تعالى قال بعد قوله تعالى والجروح قصاص وفي الايضاح وشرح الاقطع القصاص فيما دون النفس مشروع بهذه الاية وبحديث الربيع عمة انس بن مالك انها كسرت ثنية جارية من الانصار فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فامر بالقصاص وهو مشهور وباجماع الامة **قوله** ولا معتبر بكبر اليد وصغرها وغلظها ودقتها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك ولا نعلم فيه خلافا بخلاف الراس حتى لو اخذ الشجة ما بين قرني المشجوج ولا ياخذ ما بين قرني الشاج لكبر راس الشاج فان المشجوج مخير ان شاء اخذ الارش وان شاء اقتص ولا خيار في اليد لان التفاوت في الشين فكان الشين في الشاج دون الشين في المشجوج فعجز عن استيفاء حقه كاملا فيثبت له الخيار اما في اليد فالمعتبر منفعة البطش وذا يختلف بالصغر والكبر فلعل منفعة البطش في اليد الكبيرة الا ترى ان راس اليد لا يختلف بالصغر والكبر بخلاف راس الشجة كذا في المبسوط **قوله** لا مماثلة في القلع لانه ليس له حد معلوم لجواز ان يكون الثاني زائدا على الاول اذا القلع ان ينزع حدقتها بعروقها فيعالج بذهاب ضوء بصرها من غير الطرف كا

قايمه وفي المحيط لا قصاص في العين اذا قورت وانخسفت ولو كانت قايمة وذهب ضوؤها يجب القصاص
وعن ابي يوسف لا يجب القصاص وقالت الايمة الثلاثة تقلع عينها لقوله تعالى والعين بالعين الاية
وقال القاضي الحنبلي والشافعي ولو ذهب عينه باللطمة فيلطمه مثلها فان ذهب ضوء عينه والا
كان له ان يذهب ضوؤها بما يمكن لامكان المماثلة وعند غيرهما لا حاجة الى اللطمة واللطمة منفردة
ولا يقتص فيها وكذا اذا سرت الى العين كما لو جرحه دون الموضحة فذهب ضوء عينه **قوله**
وهو ما ثور من جماعة من الصحابة هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة
فلم يجيبوا حتى حضر علي وقضى بالقصاص وبين هكذا ولم ينكر عليه احد فاتفقوا عليه **قوله** وفي
السن القصاص بقوله تعالى والسن بالسن وحديث الربيع عمة انس بن ملك وهو مشهور وبالاجماع
وفي المبسوط والكافي لو قلع سنه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر المماثلة فربما يفسد لهاته ولكن تبرد بالمبرد
الى موضع اصل السن وعند الايمة الثلاثة تقلع **قوله** لما تلونا اشارة الى قوله والجروح قصاص
وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة **قوله** وهذا اللفظ اي قوله
لا قصاص في العظم الا في السن وهو قول اكثر اهل العلم **قوله** والمراد غير السن لقوله تعالى
والسن بالسن الاية اي السن يبرد بالمبرد وفي المبسوط انه عليه الصلاه والسلم قضى بالقصاص في
السن كما ذكرنا من حديث الربيع وبين الاطبا كلام في السن انه عظم او طرف عصب يابس فقيل انه ليس
بعظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وبين ساير العظام وان قلنا
انه عظم فالفرق ان في ساير العظام يتعذر اعتبار المساواة فلا يجب القصاص وفيه لا يتعذر لانه يمكن ان
يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه ولذلك لو قلع لا يقلع سنه قصاصا لتعذر المساواه بل يبرد الى موضع اصل
السن **قوله** وليس فيما دون النفس شبه عمد وشبه العمد فيما دون النفس عمد ان امكن فيه القصاص
يجب القصاص والا يجب الارش ولا فرق بين ما لو حصل الضرب بالسلاح او بغيره ولا يشترك القصاص فيه
بسبب الالة التي هي غير السلاح بخلاف النفس لان اتلافها بغير الة السلاح شبه العمد لما ذكرنا
ان القتل ازهاق الروح والقصد اليه امر باطن فاقمنا الالة الصالحة لتفريق الاجزا مقام
الازهاق القصدي لانه غير محسوس فاما الطرف فانها محسوسة فلا يحتاج الى ذلك يؤيد ما ذكرنا
انها لطمت جارية فكسرت سنها فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا اتت
على النفس لا يوجب القود واوجبت فيما دون النفس فثبت ان ما كان في النفس شبه عمد فهو فيما
دون النفس عمد وقال احمد لو ضربه بحجر صغير لا يوضح مثله فاوضحه لم يجب القود لانه شبه العمد
فلا يجب القود الا بالعمد المحض اعتبارا بالنفس وبه قال الشافعي وقال ابو بكر الحنبلي يجب القود ولا
يراعى فيه ذلك لعموم الاية **قوله** خلافا للشافعي في ذلك وبه قال ملك واسحق والاصل
عندهم ان كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس يجري بينهما القصاص في الاطراف السليمة كالحرين
والعبدين لانه اذا لم يوخذ نفسه بنفسه لعدم المكافاه وجب ان لا يوخذ طرفه بطرفه لعدم المكافاة
ان الطرف تابع للنفس **قوله** ولا بين العبدين اي في حق النفس وبقولنا قال الثوري ولنا ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية الانفس كالاموال والمماثلة معتبره في القصاص في
الاطراف بدليل انه لا يقتص بالشل للتفاوت بينهما في البدل والمنفعه فاعتبر المماثلة
في الاطراف في الفعل والمحل ولا مماثله بين طرف الرجل والمراه لا في المنفعه ولا في البدل بتقويم الشرع
فامتنع القصاص لعدم المماثله بخلاف الانفس فان التفاوت في الديه لا يمنع القصاص بالاجماع حتى
يقتل الذكر بالانثى مع التفاوت بينهما في الديه لان القصاص في النفس يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت

فيه ولهذا يقتص الصحيحه بالزمنة **فان قيل** التفاوت في البدل يمنع استيفا الاكمل بالانقص ولا
يمنع استيفا الانقص بالاكمل حتى ان الشلا تقطع بالصحيحة وعندكم لا تقطع يد المراة بيد الرجل **قلنا**
نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع اما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي
فانه يمنع استيفا كل واحد لصاحبه كاليمين مع اليسار وفي التفاوت الحسي من له الحق اذا رضي
بالاستيفا يجعل مبريا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جايز ولهذا لا يستوفى الاكمل بالانقص وان
رضي به القاطع لانه بالرضا يكون باذلا للزيادة فلا يحل استيفا الطرف بالبدل فاما اذا كان
التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفا ههنا بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البدل
كذا قيل **قوله** وهو معلوم اي التفاوت في القيمة معلوم بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد
الواحدة للحر بخمسماية دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك ولو بلغت انما يبلغ بالحزر
والظن فلا يكون مساويه ليد الحر فينعدم التماثل وهذا في الحقيقة جواب عن شبهة ترد على التعليل
وهو ان ما ذكرتم يستقيم بين طرف الحر والعبد ولا يستقيم بين طرف العبد فاما لو فرضنا المسلة فيما
اذا استوت قيمة العبدين بان يتفق المقومين كانت قيمة اطرافهما ايضا مستويه فحينيذ ينبغي ان يجري
القصاص بين طرفي العبدين لاستوا قيمتهما فقال لا وجه لذلك لان طريق معرفة استوايهما الحزر والظن
والمماثله المشروطة شرعا لا تثبت بطريق الحزر والظن كالمماثلة في الاموال الربويه عند المقابلة
بجنسها وفي المبسوط الدليل على ان المساواه في القيمة شرط لجريان القصاص في الاطراف ما روي ان
عمران بن حصين ان عبدا لقوم فقرا قطع اذن عبد لقوم اغنيا فاتوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقتص
منه ولان القيمه معنى اليد شرعا والتفاوت في المعنى الشرعي بمنزلة التفاوت في المعنى الحسي وهو
البطش والمشي الا ان ذلك التفاوت لا يمكن ضبطه من حيث البطش والمشي فاعتبر اصل السلامة اما
التفاوت في المعنى وهو قيمة العضو يمكن اعتباره قطعا لانه شرعا وهذا بخلاف الانفس لان الديه
فيها بدل الاجزا لا بدل الروح والقتل يحله الروح وقد استويا في الروح **قوله** فالمقطوع بالخيار
ان شا اخذ الارش كاملا وان شا قطع اليد المعيبه ولا شي له ولا نعلم فيه خلافا في الشلا وفي ناقصة الاصابع
ليس له مع القطع ارش وبه قال ابو بكر الحنبلي وقال الشافعي واحمد وملك فالمقطوع يخير فله ان يقتص
وياخذ ارش المفقوده وله ان يعفو وياخذ دية اليد كامله وذكر في المبسوط وقال الشافعي له الارش
مطلقا ولم يفصل بين الشلل ونقصان الاصابع وذكر فيه وكذا لو كانت يد القاطع صحيحه فسقطت
لاكله او قطعت ظلما فلا شي لمن له القصاص عندنا وعند الشافعي له الارش وذلك في النفس لو مات
من عليه القصاص فهو بنا على ما سبق ان الواجب عنده احد الشيين اما القصاص او الارش فاذا تعذر
القصاص لفوات محله يتعين الاخر وعندنا الواجب هو القصاص لا غير وقد سقط لفوات محله
حقيقه وحكما وفي الحليه وموجب العمد القود وحده ولا يجب الديه الا باختيار العفو على الديه في
قول وفي قول موجبه احد الامرين كما ذكر في المبسوط على هذا القول **قوله** كالمثل اذا انضرم اي
اذا انقطع ولم يبق منه الا ناقصه الصفه فان المالك بالخيار ان شا اخذه ناقصا وان شا عدل الى القيمة
الى ما قلنا كذا هنا كذا في المبسوط **قوله** فلا شي له عندنا احترز به عن قول الشافعي واحمد حيث
له الديه عندهما قال صاحب المجتبى وعلى هذا السن وساير الاطراف التي يجب فيها القصاص اذا كان
طرف الضارب والقاطع معيبه يتخير المجني عليه بين اخذ الدية كاملا وبين استيفا المعيب قال برهان
الايمه والد الصدر الشهيد هذا اذا كان الشلا لا ينتفع بها لا يكون محلا للقصاص فله ديه كاملة من غير
خيار وعليه الفتوى **قوله** فالمشجوج بالخيار بين اخذ الديه والقصاص بلا خلاف ولو اراد ان ياخذ

بعض حقه من مقدم راسه وبعضه من موخره فعند بعض اصحاب الشافعي لا يجوز وقيل يحتمل ان يجوز
الا ان يقول بعض اهل الخبرة في ذلك ضرر زائد فلا يجوز وعن احمد وجهين مثل هذا **قوله** ولا يلحقه
باستيفائه يعني لو كان راس الشاج لا تشجه فيها فلا يلحقه من الشين ما يلحق المشجوج والقصاص ينبئ عن
المساواة خصوصًا في الاطراف بخلاف ما اذا كان يد القاطع اكثر من يد المقطوع فانه لا اختيار للمقطوع
لان القصاص باعتبار فوات منفعة البطش وذا لا يتفاوت بين اليد الصغيرة والكبيرة هذا الفرق
في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير انه قال لا فرق بينهما لان في القصاص فيما
دون النفس يعتبر المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر كما في اليد الكبيرة والصغيرة وجوابه
ما ذكرنا قرنا الراس فوداه اي جانباه وفي عكسه اي لو كان راس المشجوج اكبر من راس الشاج يخير
ايضا ولا شي له للزيادة وبه قال ابو بكر الحنبلي وقال الشافعي واكثر اصحاب احمد له ارش ما بقي من
شجته لا بعذر القصاص فيما جنى عليه فكان له ارشه كما لو تعذر في الجميع وقلنا القصاص والدية
لا يجتمعان في جرح واحد وقد تعذر استيفاء حقه كملا فيجب الارش وهو بالخيار لان المعنى لا يختلف وهو
ان بلوغه الى قفاه زيادة على ما فعل وباستيفائه حقه لا يلحقه الشين كما ذكرنا **قوله** ولا قصاص في
اللسان وبه قال ملك في رواية وابو اسحق من اصحاب الشافعي وعن ابي يوسف اذا قطع بعضه لا يجب
القود ولو قطع من اصله يجب وقال الشافعي وملك في رواية واحمد يجب القود في الكل وفي البعض
بقدره لقوله تعالى والجروح قصاص وله حد ينتهي اليه فاقتص لامكان المساواة ولكن لا يقتص
لسان ناطق بلسان اخرس لانه افضل ولكن يوخذ الاخرس بعد يهم لانه بعض حقه ولانه امكن القصاص
في بعضه كما امكن في كله ولا في الذكر وعند الايمة الثلاثة يجب القود في الذكر بقوله تعالى والجروح
قصاص وله حد ينتهي اليه فيمكن القصاص من غير حيف فيجب كما في اليد ولنا انه اي الذكر واللسان
ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة من غير حيف الا ان يقطع الحشفة فحينئذ يجب القود لامكان
المساواة لانه بمنزلة المفصل اما لو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قود وعند الايمة الثلاثة يوخذ
بعضه بعضه ويعتبر ذلك بالاجزاء دون المساحة فيوخذ النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد او
نقص فبحساب من ذلك كما في الاذن وقلنا البعض منه لا يعرف مقداره بخلاف الاذن فانه
لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة في الكل والبعض في الاذن وعن بعض اصحاب
الشافعي لا يجب القود في بعض الاذن وحكي عن ملك انه لا يوخذ اذن السميع باذن الاصم ولو قطع
الختان بعض الحشفة في الصبي او في العبد فعليه حكومة عدل وان قطع الحشفة كلها فان برا فعليه
في العبد كمال القيمة وفي الصبي كمال الدية فاذا مات ففي الصبي نصف الدية وفي العبد نصف
القيمة لان التلف حصل بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الحشفة فيجب نصف الضمان اما اذا
برا فقطع الجلدة ماذون فيه فيجعل كان لم يقطع الحشفة غير ماذون فيه فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو
الدية في الصبي وفي مجموع النوازل ما ذكرنا انه اذا مات فعليه نصف الدية رواية محمد وذكر
في الاصل انه لا يجب شي ان مات هكذا ذكر في الذخيره **قوله** والشفة يجب القود في الشفة ان
استقصاها في القطع يعني يقطعها من الاصل وبه قالت الايمة الثلاثة واختار ابو حامد من اصحاب الشافعي
انه لا يجب القود لعدم امكان المساواة كما لو قطع بعضها وقلنا لما استقصى به القطع يمكن اعتبار
المساواة **قوله** لانه يتعذر اعتبارها اي اعتبار المساواة هذا رواية القدوري وذكر في
شرح الطحاوي اذا قطع شفة رجل وكان يستطاع ان يقتص منه فعليه القصاص السفلى بالسفلى
والعليا بالعليا ولا يوخذ السفلى بالعليا ولا العليا بالسفلى **فصل** لما ذكر

القصاص شرع في بيان الصلح والعفو منه اذ هما بعد وجوب القصاص **قوله** وجب المال
قليلا كان او كثيرا بخلاف الخطا فان الدية مقدرة شرعا والصلح على اكثر من الدية ربا اما القصاص ليس
بمال فكان التقويم بالعقد فيتقوم بقدر ما اوجبه الصلح قل او كثر كذا في الايضاح ولا نعلم فيه خلافا لانه
عليه الصلاة والسلم قال من قتل عمدا دفع الى اولياء المقتول ان شاوا قتلوا وان شاوا اخذوا الدية وما صالحوا
رواه الترمذي وقال بعض اصحاب الشافعي اذا صالح على غير جنس الدية لم يصح اذا قلنا ان الواجب احد
الامرين وان قلنا الواجب هو القود صح ولو صالح على اكثر الدية مثلا على دية بتزفيه وجهان **قوله**
على ما قيل نزلت في الصلح قاله ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد فسر الاية على قولهم فمن اعطي
له سهولة واريد به وفي القتل بمال حد ما امال عفوا اي سهلا من اخيه اي من جهة اخيه المقتول
شي اي شي من المال بطريق الصلح فاتباع بالمعروف اي فليه وهو ولي القتيل اتباع بالمعروف
يعني مطالبه بدل الصلح على مجاملة واداء اليه اي اداء من القاتل اي ولي القتيل باحسان مع الاداء
وقيل ذكر عفي بصلة اللام ومعناه يراد به البدل تعالى عفي له اي بذل له وقد مر تفسير الاية في الصلح
عن دم العمد والخطا وعلى قول اكثر اهل التفسير حيث قالوا الاية في عفو بعض الاولياء يدل عليه
قوله له شي فانه يراد به البعض تقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول
شي من القصاص بان عفي بعضهم وصار نصيب الباقين مالا فاتباع اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل
بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زياد واداء اليه اي ليود القاتل الى غير العافي
حقه باحسان اي وافيا غير ناقص واريد بالمصدر في قوله فاتباع واداء الامر بهذا الفعل كما في
قوله فتحرير رقبة وقوله فامساك بمعروف او تسريح باحسان فالمنقول من الصحابة والتابعين
وعليه المفسرون ان هذان الوجهان كذا في التفسير **قوله** الحديث اخرجه الحديث فاهله بين خيرتين ان
شاوا قادوا وفي رواية ان شاوا قتلوا وان شاوا اخذوا الدية **قوله** على ما بينا اي في اول
الكتاب ان المراد ما خذوا الاخذ بالرضا لما ان عندنا ليس لولي القتيل اخذ الدية الا برضا القاتل
قوله نص مقدر بكسر الدال من التقدير كالخلع وغيره وهو الاعتاق على مال الكتابة **قوله**
لان عقد الصلح اضيف اليهما اي الحر والعبد ولانه مقابل بالقصاص والقصاص عليهما **قوله**
خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وهذا اللفظ يحمل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية
والمشهور عن ملك ان القصاص موروث للعصبات الخاصة وبه قال بعض اصحاب الشافعي
وقال بعض اصحابه لذوي الانساب دون الزوجين لقوله عليه الصلاة والسلم فاهله بين خيرتين واهله
ذوو رحمه ولان المقصود من القصاص درك الثار وذلك يختص بالاقارب وقال الليث والزهري
وابن شبرمة والاوزاعي والحسن وقتادة ليس للنساء عفو وقال بعض اهل المدينة القصاص لا
يسقط بعفو بعض الشركا وقيل هو رواية عن ملك لان حق غير العافي لا يسقط الا برضاه ولم يرض باسقاط
وقد يوجد النفس بعض المفسد لبل قيل الجماعة بالواحد وعندنا والشافعي واحمد واكثر اهل
العلم من ورث المال ورث القصاص اما الدية لا ترث الزوجة من زوجها عند ملك لما روى ان عمر
لم يورثها **قوله** لانقطاعه بالموت اي لانقطاع السبب وهو الزوجية بالموت ولم يسو احدهما
حق في نفس الاخذ بخلاف التركة لانه ماله وفي النهاية ما ذكر في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في
القصاص والدية عند ملك والشافعي يخالف لرواية المبسوط والاسرار والايضاح حيث قال
فيها خلاف لملك في الدية لا غير وعند ابن ابي ليلى لا يثبت فيها حق الزوجين ولكن ما ذكر في الكتاب
صحيح يعرف بالنظر الى ما نقلنا من كتبهم **قوله** بتوريث امراة اشيم الضبابي بكسر الضاد هو الصواب

روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر ضحاك بن سفيان الكلابي بان يورث امراه اشيم الضبابي
من عقل زوجها وقد روى ان عمر رجع الى هذا الحديث وعن علي انه كان يقسم الديه على من احرز
الميراث وللعامه قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا فلورثته والقصاص حقه وقوله
عليه الصلاه والسلم فاهله بين خيرتين متنا ولجميع اهله من المراه وغيرها والمراه من اهله
بدليل قوله عليه الصلاه والسلم وما كان يدخل احد على اهلي الا معي يريد عائشه وروى ان عمر اتى
برجل قتل قتيلا فجا ورثه المقتول ليقتلوه فقالت امراه المقتول وهي اخت القاتل قد عفوت عن
حقي فقال عمر الله اكبر عتق القتيل رواه ابو داود وروى قتاده ان عمر رفع اليه رجل قتل رجلا
فجا اولاد المقتول وقد عفى بعضهم فقال عمر لابن مسعود ما تقول قال انه قد احرز من القتل
من القتل فضرب عمر على كتفه قال كُنَيِّفٌ مُلِئَ علما **قوله** والزوجيه تبقى حكما الى اخره هذا
جواب عما قالا لانقطاعه بالموت وقلنا الديه تجب للميت اولا ثم تثبت للورثه ولا تثبت للميت
الا بان تستند الموت الى سببه وهو الجرح فصار كمال اخر ولهذا لو اوصى بثلث ماله دخل الديه
في تلك الوصيه ويؤيده ما روى عن علي رضى الله عنه كما ذكرنا **قوله** بكل منهم اي يحرم من القصاص
ولكن يمكن استيفا القصاص وفي النهايه قال في الاسرار قال الشافعي لا يتمكن الزوجان من استيفاء
القصاص ولكن يتمكنان الاسقاط والعفو ولكن ما وجدت ذلك في كتبهم التي عندي ولكن ذكر لو قتل
بعض الاوليا القاتل بغير اذن الباقين لم يجب عليه القصاص عند ابي حنيفه واحمد والشافعي في الاصح
وقال الشافعي في قول عليه القصاص لانه ممنوع عن قتله ولو قتله مع العلم بعفو شريكه سوا حكم به حاكم
او لا يجب القود عليه وهو الظاهر من مذهب الشافعي واحمد وقال الشافعي في قول لا يجب القود لان فيه
شبهه لوقوع الخلاف فيه وقلنا قتل معصوما مكافئا مع العلم انه لا حق له فيه يجب عليه القود كما لو قتله
بعد الحكم بالقود والاختلاف لا يسقط القود فانه لو قتل كافرا مسلما ملناه مع الاختلاف فيه ولو قتله
بعد العلم بالعفو لا يجب القود وعليه الديه وبه قال احمد والشافعي في قول وقال الشافعي في قول
وزفر يجب القود لانه قتله عمدا بغير حق وقلنا اذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا في حقه ظاهرا
فيصير شبهه في درء ما يسقط بالشبهات ولو قتله العافي بعد العفو يجب القود عند اكثر اهل العلم
وهذا قالت الائمه الاربعة وروى عن الحسن يوخذ منه الديه وقال عمر بن عبد العزيز الحكم فيه الى
السلطان وقلنا قتل نفسا معصومة بغير حق وروى جابر انه عليه الصلاه والسلم لا اعفي من قتل
قوله لانه امتنع اي القصاص امتنع لمعنى راجع الى القاتل وهو ثبوت عصمه القاتل
بعفو البعض فيجب المال كما في الخطا فان اخرج القود لمعنى من القاتل وهو كونه خاطيا ثم اذا عفى احد
الشريكين فللاخر نصف الديه في مال القاتل في ثلاث سنين عندنا وقال زفر في سنتين الثلث في سنه
والسدس في سنه اخرى الا ان الواجب نصف الديه كما في قطع اليد خطا فانه فيه يجب نصف الديه الى
سنتين بالاجماع وقلنا حقه في بدل النفس وبدل كل النفس موجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه له موجل
الى ثلاث سنين فصار كما لو ابرا الولي العاقل عن نصف الديه فان النصف الاخر موجل الى ثلاث
سنين بخلاف بدل الطرف فانه في سنتين وانما يجب في ماله لانه عمد **قوله** اقتص من جميعهم وبه قال
الشافعي ومالك واحمد واكثر اهل العلم من الصحابة والتابعين وقال ابن الزبير والزهري وابن سيرين
وحبيب بن ابي ليلى وعبد الملك وربيعه وداود وابن المنذر واحمد في روايه لا يقتلون به ويجب عليهم
الديه لانه تعالى قال النفس بالنفس فمفهومه يدل انه لا يوخذ بالنفس اكثر من نفس واحده ولان في القصاص
تجب المساواه ولا مساواة بين العشرة والواحد ولنا اجماع الصحابة فروى ابن المسيب ان قتل سبعة من اهل

٤٦٨

صنعا قتلوا رجلا وقال لو تمالأ عليه اهل صنعا لقتلتهم جميعا وعن علي انه قتل ثلاثه قتلوا قتلوا رجلا
وعن ابن عباس انه قتل جماعه بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف ولان شرع القود لحكمه الحياة
والزجر عن التغالب كما قررنا ومعلوم ان القتل بغير حق في العاده لا يكون الا بالتغالب والاجتماع فيجعل
كل واحد منهم كالمنفرد بهذا الفعل فيجب القود تحقيقا لمعنى الاحيا فصار كل واحد قاتلا كان ليس معه
غيره لان الروح لا يقبل الوصف بالتجزي فاذا اضيف اليه البعض اضيف اليه الكل ولولاه الانكاح
فلو لم يجعل هكذا لادى الى سد باب القياس وابطال الحكم التي وقعت الاشاره اليها كذا في المبسوط
التمالو التعاون في الملاو وهو الدلو ثم عم في كل معاونه **قوله** قيل له وسقط حق الباقين وبه
قال مالك والشافعي واسنو في الباقين الديات من تركته وقال احمد ان طلبوا القصاص قتل بجماعتهم ولا
شي له وان طلب بعضهم القصاص والبعض الديه قتل بمن طلب القود وللاخرين الديه وعن مالك
روايه كقول احمد وقول احمد والشافعي بنا على ان الواجب للاوليا اما القصاص واما الديه كما
ذكرنا فاذا سقط القصاص من غير ابرا ثبت المال وقال احمد لما اختاروا الكل سقط المال **قوله**
ولم يعرف يعني اذا قتلهم على التعاقب قتل بالاول والديات لغيره واذا قتلهم معا يقرع او يقسم
الديات بينهم لان الموجود من الواحد قتلات والذي يحقق في حقه اي القاتل الواحد قتل واحد ولا
تماثل بين الواحد والاكثر وهو القياس في الفصل الاول وهو قتل الجماعه الواحد لعدم التماثل الا
انه عرف بالشرع او ترك القياس بقضية عمر في اهل صنعا ولنا ان كل واحد منهم اي الاوليا قتله
بوصف الكمال ولهذا لو قتل جماعة واحدا يكون كل واحد قاتلا بوصف الكمال اذ لو لم يكن لا يجب
القصاص واذا كان كذلك لا يجب الديه لعدم احتياجهما اصله اي اصل ثبوت التماثل الفصل الاول وهو
قتل الجماعة واحدًا **فان قيل** فيما ورد النص جعل مثلا شرعا على خلاف القياس وفي موضع لم
يرد النص لم يجعل لان القياس يابى ذلك **قلنا** لما سلمت ان العشر صارت مثلا للواحد بالنص
فبالضروره يكون الواحد مثلا للعشرة لان المثل اسم مشترك فلما كان الشي مثلا لاخر مثله ضروره كونه
اخا له يكون الاخر اخا له ضرورة **فان قيل** اوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد لرد غلبه
القتل بغير حق من غير اعتبار المماثله وهذا لا يوجد فيما نحن فيه **قلنا** لا كذلك بل المماثله معتبرة
في جميع الصور في القصاص ثم الزيادة في العدد ابلغ من الزياده في الوصف فاذا كان لا يقتل المسلم
بالمستامن وعلى قول الخصم بالذمي وبالعبد لانعدام المماثله في الوصف مع الحاجه الى رد غلبه القتل
بغير حق فلان لا يقتل العشر بالواحد اولى ولهذا لا يجب القصاص في كسر العظم لانعدام المماثله مع
تحقق الحاجه الى رد غلبه الجناية هنا بغير حق فعرف ان العشرة انما يقتلون بالواحد بطريق المماثلة
بيانه ان القتل لا يتجزى لانه ازهاق الروح وهو لا يتجزى فاذا اشترك جماعة فيما لا يتجزى جعل كل
واحد كان ليس معه غيره واذا كان كذلك كان كل واحد قاتلا على طريق الكمال وفي هذا المعنى
القتل الذي هو عمد وان والقتل الذي هو خطا سوا فاذا اجتمع الاوليا فقتلوه كان كل واحد
قاتلا بكماله فلا تجب الديه كذا في المبسوط ولانه وجد من كل واحد من الاوليا جرح صالح لزهوق
الروح فيكون كل واحد قاتلا على الكمال والحكم متى يثبت عقيب العلل لابد من الاضافة اليها
والدليل على ان كل واحد قاتل حلف لا يقتل فلانا وآخر حلف كذلك واخر حلف كذلك فاجتمعوا
عليه وقتلوه حنث كل واحد منهم والحنث لا يثبت الا بوجود الشرط لما ذكرنا انه لا يحل **قوله**
لان القصاص شرع مع المنافي قال عليه الصلاه والسلم الادمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب
واوجبنا لشرع القصاص لمعنى الانتقام وتشفي الصدر للولي ودفع الغيظ عنه وتحقيقا للاحيا وقد

حصل بقتله فاكتفى به **قوله** اذا لواجب احدهما عنده اما القتل او الدية فاذا فات احدهما تعين الاخر لو قال لامراتيه احديكما طالق فمات احدهما تعينت الاخرى للطلاق فيجب بوجدا الدية من تركته وبه قال احمد وبقولنا قال ملك **قوله** والمرضا اي موضع فرض المسئلة الخلافية اذا اخذ الرجلان سكينا واحدا وامراه على يده حتى لو وضع احدهما السكين في جانب والاخر السكين الاخر من جانب اخر وامراه حتى التقى السكينان لم يجب القود عنده ذكره في المبسوط قول الشافعي قال ملك واحمد واسحق وابو ثور وفي المغني لابن قدامة هذا الخلاف فيما اذا قطعوا عينا بفعل واحد اشتركوا فيه او قطعوا يدا بسكين واحد بمره على مفصل جميعا اما لو قطع احدهما بعض المفصل واتمه الاخر او ضرب كل واحد ضربة او وضعا منشارا على المفصل ثم مده كل واحد مرة مرة حتى بانت فلا قود بلا خلاف وبقولنا قال الثوري والزهري والحسن وابن المنذر وله اي للشافعي ومن تبعه الاعتبار بالانفس ولهذا اجرى القصاص في الطرف عنده في حق كل من سكا فاحيهما في النفس ويقتل الجماعة بالواحد وكذا في الطرف او بجمع بينهما اي بين الطرف والنفس بجامع الزجر سد الباب العدوان ورد للجناية بغير حق نظرا الى الغالب يؤيد ذلك ما روي عن علي ان شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاءا وقالا هذا هو السارق واخطانا في الاول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية يد الاول وقال لو علمت انكما تعمدتما لقطعتكما فاخبر ان القصاص كان واجبا عليهما لو تعمدا قطع يد واحد ولنا ان كل واحد قاطع بعض اليد الى اخره وفي المبسوط وحاصل هذه المسئلة راجع الى ان التفاوت معتبر في الاطراف عندنا حتى لا يقطع يد ان بيد واحد وعنده تقطع كما في النفس لوجود قطع اليد من كل واحد اذا وضعا السكين من جانب وامرا خلاف ما لو اختلف موضعهما او فعلهما او محل فعلهما فيجب مع فعل كل واحد على بعض العضو فلا يوجد المماثلة وعندنا كل واحد قاطع بعض يده سوا اختلف محل الفعل او لا لان القطع هو الفصل بين متصلين ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والثياب والحبال ونحن نتيقن ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بقوة الاخر وهذا شي يعرفه كل عاقل فعرف ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد ولا يجوز ان يقطع جميع يده بقطع بعض اليد لان المساواه في الفعل معتبره لا محالة واما النفس فالقياس فيها هكذا ترك لحديث عمر والمخصوص من القياس لا يلحق به الا ما كان في معناه من كل وجه او الطرف ليس في معنى النفس من كل وجه لان الفعل في النفس لا يحتمل بما ذكرنا انه ازهاق الروح والفعل في الطرف يحتمل التجزي الا يرى ان القطع يتحقق في بعض اليد بان يقطع بعضها ويترك ما بقي وفي النفس لا يتحقق ازهاق بعض الروح والحياة دون البعض فلعدم احتمال التجزي هنا لك جعل كاملا في حق كل واحد ولاحتمال التجزي هنا جعل كل واحد قاطعا للبعض اما حديث علي فبالغة في الزجر والا لاجب القصاص على الشهود بالرجوع عندنا وملك وقدم في الشهادات **قوله** ولان القتل بطريق الاجتماع غالب الى اخره جواب عما جمع الشافعي بين النفس والطرف **قوله** يمينى رجلين وكذا الحكم لو قطع يساري رجلين وقيد به لانه لو قطع يمين رجل ويسار اخر يقطع يداه وكذا لو قطع اليمين واليسار من واحد يقطع يداه لان المماثلة المشروطه في الفعل والمحل موجوده ذكره في المبسوط ولا نعلم فيه خلاف **فان قيل** ينبغي ان لا يقطع يداه لان فيه تفويت جنس المنفعة وهو استهلاك حكمي كما لو سرق ثالثا لا يقطع يساره لان فيه استهلاك حكمي بتفويت جنس المنفعة عندنا **قلنا** في حق كل واحد يعتبر ما استوفى وفي استيفاء حقه ليس بتفويت جنس المنفعه اما في السرقة الاستهلاك الحقيقي غير مشروع فكذا الحكمي وفي القصاص الاستهلاك الحقيقي مشروع اذا وجدت المماثلة فكذا الحكمي فلهما ان يقطعا يده اي يمينه وبه صرح في المبسوط ويأخذا نصف الدية وبقولنا قال

للاخر

ملك وقال احمد يقطع لهما ان طلبا ويقسم نصف الدية بينهما وان طلب احدهما القصاص يقطع له وللاخر الارش كما في النفس وقال الشافعي في التعاقب يقطع للاول وللاخر الارش كما في النفس ولا يقرع كما في النفس فمن خرجت قرعته فله القطع وللاخر الارش وتقدم **قوله** في سبب الاستحقاق وهو القطع المحسوس يوجب المساواه في الحكم **قوله** والقصاص ملك الفعل وهو الحلاق الفعل مع المنافي لان من عليه حر فلا يظهر حق الاول الا في حال الاستيفا لانه باب اخر وبه يستقر بعد رها فلا يمس حقه في المحل وهو متصور كما في الاصطياد والاحتشاش فان الفعل مملوك والمحل خلو عنه ولهذا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص بالاجماع فعرف ان المحل غير مملوك له فلا يمنع ثبوت حق الثاني بخلاف الرهن لانه يثبوت يد الاستيفا حكما فاذا ثبت للاول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفا الحقيقي **قوله** فللاخر عليه اي على القاطع نصف الدية وهو ارش اليد **قوله** وتردد في العاقل يعني حقه ثابت ومزاحمة الغائب في الاستيفا موهوم عسى ان يعفو وعسى ان لا يحضر فلا يؤخر الاستيفا المعلوم لمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا حضر والاخر غائب فانه يقضى بالجميع له لهذا المعنى لتعين حق الاخر الغائب في الدية لان القاطع اوفى به اي بالقطع حقا مستحقا له عليه فلو قضى القاضي بينهما ثم عفى احدهما قبل استيفا الدية وللاخر القود عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له الارش لان القاضي اذا قضى بالقود والارش بينهما فقد اثبت الشركة فاذا عفى احدهما لم يتمكن الاخر من استيفا الكل ولهما ان الامضا من القضا في العقوبات فصار كما لو عفى قبل القضا ولو عفى احدهما قبل القضا فللاخر القود لزوال المزاحمة كذا ههنا ولو قطع احدهما يد القاطع من المرفق فلهما دية لانه فات المحل بالظلم وصار كما لو سقط باكله فاذا سقط حقهما في القصاص بقي في الدية والقاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة العدل في الذراع الى المرفق **قوله** فاذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وبه قالت الائمة الثلاثة وعند زفر لا يصح اقراره وقيد بالعمد لانه لو اقر بالخطا لا يصح اقراره بالاتفاق سوا كان ماذونا او محجورا لان اقراره بالخطا ليس من باب التجارة فكان اقراره على مولاه فلا يصح ذكره في المبسوط لزفر ان اقراره يودي الى ابطال حق مولاه فلا يصح كاقراره بالخطا والمال ولنا ان العبد يبقى على اصل الحرية في حق الدم والحياة ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بالقصاص والحد الى اخر ما ذكرنا في المتن **قوله** وبطلان حق المولى الى اخره جواب عن قول زفر يعني بطلان حق المولى ضمني فلا يبالى به كما لو تزوج رجل في مرض الموت على مهر معين ومات فهي اسوة للغرما والتزام المهر يضرهم الا انه ثبت ضمنا للنكاح فلا يبالى به بخلاف اقراره بالمال لانه يضر به المولى لا في ضمن شي ويتهم في اقراره ولا يصدقه واما ههنا يضر هو به لانه يقتل به **قوله** والفعل يتعدد بتعدد اثره اي الفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره فصار بمنزلة فعلين فان الرمي الواحد جاز ان يتعدد بتعدد اثاره فان الرمي اذا اصاب صوابا ومزق جلده سمي جرحا واذا قتله يسمى قتلا واذا اصاب كوزا وفرق اجزاه سمي كسرا باعتبار اختلاف المحل فجاز ان يكون الفعل الواحد عمدا بنسبته لمحل وخطأ بنسبته لمحل اخر

فصل

لما ذكر حكم الفعل الواحد شرع في حكم الفعلين اذ الاثنين بعد الواحد **قوله** يؤخذ بالامرين حتى يجب القصاص في العمد والارش في الخطا سوا تخلل بينهما برء او لا لانهما فعلان مختلفان حقيقة فان احدهما قطع والاخر قتل وموجب احدهما القصاص وموجب الاخر الارش فيمكن الجمع وانما يجعل جناية واحدة اذا كان موجبهما واحدا فان كانا خطأين او كانا عمدين فان كان احدهما عمدا والاخر خطا فلا يمكن ادخال احدهما في الاخر فيؤخذ بالامرين

كذا في المبسوط ولا نعلم فيه خلاف **قوله** وهذا عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله وبه قال
الشافعي ومالك واحمد في رواية وابو ثور وقالا اي ابو يوسف ومحمد يقتل ولا تقطع يده وبه قال
احمد في رواية والثوري وعطا لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف رواه ابن
ماجه ولان القصاص احد بدلي النفس فيدخل حكم الطرف في الجملة كالدية وقد امكن التداخل
لتجانس الفعلين والثاني يصلح متمما للاول لان القطع يصلح مزهقا للروح بالسراية والقتل متمما
له قبل تخلل البرء فصار كما اذا قطع وسرى القطع وبعد تخلل البرء صار القطع كالعدم فلا يجعل
القتل متمما فلا يجمع وهذا بالاجماع وبخلاف ما لو كانا مختلفين بان كان احدهما عمدا والاخر خطا
لان الثاني لا يصلح متمما فلا يمكن الجمع بلا خلاف **قوله** وله اي لابي حنيفة ومن معه ان الجمع متعذر
وهذا الجمع ههنا للاكتفاء بالقتل اما الاختلاف بين الفعلين فان احدهما ابانة الجزء عن الجملة وسلك
مسلك الاموال والاخر ازهاق الروح لان الموجب للفعلين القود وهو اي القود ينبئ عن المساواة
في الفعل قال تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وقال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو اي القود الذي ينبئ عن المساواة متعذر فيما
فيما قاله الخصم لانه يكون القتل الفرد بمقابلة القتل والقطع **قوله** ولان الحز اي حز الرقبة يقطع
اضافة السراية الى القطع اي يمنع السراية لما ان موجب القطع قد يكون براءا وقد يكون سراية فالحز
منع السراية فيكون الحز ماحيا لاثر القطع وهو السراية الى اخر ما ذكر في المتن الى قوله فصار كتخلل البرء
فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء **قلنا** المسألة
مجتهد فيها فالقاضي يقضي على ما وافق رايه قال شمس الائمة السرخسي اشار ههنا الى ان الخيار للامام
عنده يعني ابا حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي لان القصاص حقه وانما الخيار للامام في قطاع
الطريق عنده اذا قتلوا واخذوا المال ذكره في الاسرار وجامع المحبوبي وقيل معنى ما قال في المتن
بهذا من الامام راجع الى محله تعليله ان يعتقد فيما يقطع الاما خياره عليه وفي النهاية الشاهية
روي عن عيسى بن ابان انه كان يقول الخلاف فيما اذا قطع يده في مجلس فقتله في مجلس اخر اما اذا وجد
في مجلس واحد يقتل ولا يقطع ويجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة ولكن في عامة الروايات
ذكره مطلقا وفي المصفى ولا يعتبر اتحاد المجلس وتعدده في الظاهر **قوله** لان الفعل واحد والقصاص
جزاء الفعل وبخلاف ما اذا كانا خطاين حيث يكتفى بدية واحدة لان الدية بدل النفس صيانة للمحل
عن الاهدار من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني لو وجب انما
يجب عند الجزء وذا لا يمكن لاجتماع ضمان الكل والجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز اما القطع والقتل
قصاصا فيجتمعان لان العمد يبتنى على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بواحد وفي مراعات
صورة الفعل معنى التغليظ وتحقق معنى الانتقام والتشفي فيعتبر ذلك للعمد بخلاف الخطا فانه مبني
على التخفيف ولهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين وانما اثبتنا الخيار للولي لاحتمال ان يكون القتل
متمما للقطع كما قالا فيثبت له الخيار كذا في المبسوط **فان قيل** يشكل بمن قطع اصبع رجل
ثم قطع الكف قبل البرء حيث يلزمه القصاص في الكف دون الاصبع وقد ادرك فعلين **قلنا** لان
الجمع ههنا غير ممكن لانا متى فصلنا قطع الكف عن قطع الاصبع لم يجب القصاص وانها وقعت وهي ناقصة
الطرف وكف القاطع كاملة فاعتبروا الجمع للضرورة كجناية واحدة وان كان فيهما لغو الاصبع لانها
اهون من الكف ولان القصاص في الطرف لا يصير متعددا باعداد القاطعين كجماعة قطعوا يدا واحدة
وكذلك عدد القطع من واحد بخلاف النفس كذا في الاسرار **قوله** ومات من عشرة وهذا اذا ضرب

عشرة في موضع وتسعين في موضع اخر فبرا موضع التسعين وسرى موضع العشرة والا يمكن الفرق بين
سراية العشرة وبرء تسعين **قوله** على اصل ابي حنيفة قيد بقوله لم يبق لها اثر الجراحة من نقصان وغيره
تجب حكومة العدل بلا خلاف لاحد اما اذا لم يبق لها اثر لا يجب شي لانه لا قيمة لمجرد الالم وبه قالت الائمة
الثلاثة الا ترى انه لو ضربه او لطمه او وكزه فتالم ولم يؤثر فيه لا يجب شي ذكره المحبوبي وهو ظاهر الجواب
ويجب عليه التعزير وعن ابي يوسف حكومة عدل في مثله ويعتبر حكومة العدل يجي في اخر فصل الشجاج
وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وثمن الادوية ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا للاول كذا في الكافي وذكر بكر
لا قصاص في اللطم والوكزة والضرب بالسوط لانه لا يمكن اعتبار المساواة الا اذا رضي الضارب به
مسوي لان الامساع لحقه كلا يستوفي منه اكثر مما جنى عليه فاذا رضي فقد اسقط حقه في الزيادة وفي
النوازل قال لاخر يا خبيث جاز له ان يقول بل انت لقوله تعالى لا يحب الله الجهر بالسوء من القول
الا من ظلم وكذا كل كلمة لا توجب الحد وقيل معنى الاية هو الرجل يشتمك فتشتمه ولكن ان افترى
عليك فلا تفتر عليه كذا ذكره التمرتاشي **قوله** تجب على القاطع الدية في ماله وبه قال الشافعي واحمد
وعن مالك تجب القود لان الجناية صارت نفسا ولم يعف عنها وقلنا استيفا القصاص في النفس دون
ما عفي عنه متعذر فيسقط في النفس كما لو عفى بعض الاوليا ولان الجناية لم يبق فيها قصاص بعد العفو
مع امكانه فلم يجب بسرايتها كما لو قطع مرتد ثم اسلم ثم مات منها ثم عند الشافعي ان عفى على مال فله الدية
كاملة وان عفى على غير مال وجبت الدية الا ارش الجرح الذي عفى عنه لان الجناية اوجبت
الضمان وكانت مضمونة وانما سقط ارشها بعفوه عنها فاذا سرت يجب غيره وقلنا تجب الدية كاملة
لان الجناية صارت نفسا وحقه في النفس لا فيما عفي عنه وانما سقط القود للشبهة **قوله** فهو عفو
عن النفس سوا عفى بلفظ العفو او الوصية وبه قال مالك واحمد وطاووس والحسن وقتادة والاوزاعي والا
قال اصحاب الشافعي اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث عنها ففيه قولان احدهما انه وصية
مبنى على الوصية للقاتل وفيها قولان احدهما لا يصح فيجب دية النفس الا دية الجرح والثاني يصح
فان خرج من الثلث سقط والا سقط منها ما يخرج من الثلث ووجب الباقي والقول الثاني ليس
بوصية لانه اسقاط في الجناية فلا يصح ويلزمه دية النفس الا دية الجرح ثم ان كان الجرح خطا فهو
اي العفو من الثلث لانه وصية بالمال وان كان عمدا فمن جميع المال وقالا اي ابو يوسف ومحمد
العفو عن القطع عفو عن نفس قال القاضي الحنبلي ظاهر كلام احمد يقتضي هذا كما لو قال عفوت عن الجناية
فانه عفو عما يحدث عنها **قوله** يتناول الساري ولهذا لو قال لغيره اقطع يدي فقطع ثم سرى
الى النفس لا يضمن القاطع شيئا بالاجماع كذا ذكره شيخ الاسلام فيكون العفو عنه اي عن القطع
عفو عن نوعيه وهو المقتصر والساري كما لو قال للغاصب ابراتك عن الغصب يكون ابراء عن
ضمانه وهو رد العين عند قيامه ورد قيمته عند هلاكه فانه اي العفو عن الجناية يتناول
السارية والمقتصرة بلا خلاف لاحد فكذا هذا **قوله** بل الساري قتل من الابتداء لان القتل فعل
مزهق للروح فلما عقبه ازهاق الروح عرفنا انه كان قتلا لا موجب له اي للساري وان القطع قودا
ليس بموجب للقطع الساري **قوله** فلا يتناوله العفو اي لا يتناول العفو القطع الساري لانه قتل
والقطع غير القتل بخلاف العفو عن الجناية لانه اي لفظ الجناية اسم جنس يتناول الساري وغيره وهذا
لان المعتبر في الجناية مآلها الا ترى ان اصل الفعل قد لا يكون موجبا للقصاص وبالسراية يتبين انه
انه كان موجبا وقد يكون موجبا للقصاص فبالسراية يتبين انه كان غير موجب كما لو قطع يده من
المفصل فسرى الى نصف الساعد وباعتبار المال هنا يتبين انه لم يكن له حق في اليد الا ترى انه لو

قال الولي بعد السراية عفوت عن اليد لم يصح فكذا قبل السراية ولو قال المجني عليه عفوتك
عن القتل ثم انتصر لم يصح فكذا اذا قال عفوتك عن اليد فسرى **فان قيل** يشكل بما قال
في الجامع الصغير ان عبدا لو قطع يد شخص فصالح مولاه عن القطع على ان يدفع العبد اليه فاعتقه
المجني عليه ثم مات فان العتق نافذ والعبد صلح بالجناية فلما كان الصلح عن القطع صلحا عن السراية
فكذلك العفو وكذا في الجامع الكبير ادعى على رجل شجة مع السراية وشهد احدهما والآخر بها وبالسراية
تقبل شهادتهما على الشجة ولو لم تكن الشجة بعد السراية صفة لما قبلت لاختلاف الشاهدين وكذا لو قال
اقطع يدي فقطعه المامور ثم سرى لا يضمن القاطع دل ان اسم القطع يتناول الساري وكذا عدم وجوب
القصاص في النفس والعفو عن القطع يدل على ان العفو عن القطع عفو عما يحدث عنه والا لوجب القصاص
كما قال تلك **قلنا** في مسئلة الجامع الصغير لو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجب
عند ابي حنيفة قيل ما ذكر هنا جواب القياس وقيل لم يفرق ابو حنيفة ويقول الصلح مضاف الى العبد
والعفو ليس بسبب لثبوت حقه في النفس وهنا العفو يلاقي المعفو وهو القطع او الشجة وهو سبب لثبوت
حقه في النفس فصار ذلك شبهة في اسقاط القود واما مسئلة الجامع الكبير فيل انها قول محمد ثم انما تبين
ان الحق في النفس اذا ثبت السراية ولم تثبت لان الشاهد بها واحد وبدون السراية الحق في الشجة وقد
اتفق الشاهدان عليه فثبتت الشجة واما مسئلة الاذن بقطع اليد فانما سقط الضمان من القاطع لانه
لما قطع يده باذنه فقد انتقل الفعل اليه وصار كانه قطع يد نفسه بنفسه ومات فلم يضمن واسقاط الضمان
بهذا الطريق لانه لو جعل هذا اذنا بما حدث منه لكان اذنا بالقتل حينئذ وفيه تجب الدية على القاطع
اذا مات كما لو قال اقتلني فقتله فان هنا تجب الدية على القاتل واما عدم وجوب القصاص فان
العفو وان بطل معنى من حيث انه صار القطع قتلا لكنه بقي صورة القطع وكان شبهة في درء القصاص
الا ترى ان المقيم اذا سافر بعد طلوع الفجر في رمضان ثم افطر لا كفارة عليه وان كان هذا السفر لا يبيح الافطار
في هذا اليوم لقيام صورته كذا هنا كذا في المبسوط وجامع المحبوبي **قوله** ولو كان القطع خطأ فاجراه
اي محمد مجرى العمد حتى لو قال عفوتك عن القطع الخطأ كان عفوا عن الدية عندهما اذا سرى وعن ارش اليد
عند ابي حنيفة في هذه الوجوه الاربعة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو
عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا اي اتفاقا وهو في موضعين في العفو عن القطع وما يحدث منه والعفو
عن الجناية وخلافا اي اختلافا وهو في موضعين في العفو عن القطع عندهما عفو عن الدية وعنده عفو
عن ارش اليد والثاني عفو عن الشجة اذا سرت فعندهما عفو عن الدية وعنده عفو عن ارش الشجة
اذ في ذلك اي اعلم من الايدان اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفي
الى اخره فلم يتعرض للعمد والخطأ فكان متناولا لهما لا بعال لفظه مقيد بدليل قوله فعلى القاطع الدية في
ماله وذلك يبين ان مراده العمد والا لاوجبت الدية على العاقلة لا نقول يمكن ان هذا جواب احد
نوعي القطع فكان تقديره الدية ان كان القطع عمدا وهذا لا يخرج اللفظ عن اطلاقه فيعتبر في الخطأ من
الثلث وبه قال مالك واحمد والثوري والاوزاعي وعمر بن عبد العزيز واسحق لان الوصية ههنا بمال
ولا تفاوت بين الصور الاربع **قوله** كما اذا اوصى باعارة ارضه ان لا يعتبر جواز الاعارة بالثلث سوا
كان ذلك في الصحة او المرض لان المنافع ليست بمال فلم يتعلق به حق الورثة لان ذلك بطريق الخلافة
وحكم الخلف لا يثبت الا عند عدم الاصل والقياس في المال كذلك الا انه ثبت ذلك شرعا قال عليه
الصلاة والسلام لان تدع ورثتك اغنياء والغنا بالمال يكون ولا يكون ذلك الا بتعلق حقهم به وقيل لفظ
الكتاب غير صحيح الظاهر انه وقع سهوا من الكاتب لان الحكم والايصا باعارة ما اوصى ان سهاما فيسكن الموصى

يدوى

له يوما والورثة يومين وان كان قابلا للقسمة تعرز الثلث من الملس فيسكن الموصى له في الثلث
فعلم ان حق الورثة باق ههنا فلا يكون نظير الاول وانما الصحيح اذا اعار ارضه في مرضه ولهذا ذكر
في المبسوط والكافي كما لو اعار ارضه في مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير فلا يكون هذه
الاعارة من جميع المال اي لا يكون للورثة حق مطالبة الثلثين من المنفعة فعلم ان هذه الاعارة يكون
نظير مسئلة الكتاب اما لو اوصى باعارة ارضه من فلان كان باطلا وكذا لو اوصى بان يستقى عنه الماء في
سبيل الله شهرا كان الايصاء باطلا ذكره قاضي خان وان صح فالحكم التاي بوكما بينا **قوله** فيعتبر من الثلث
فان قيل العاقل واحد من العاقلة فكيف صور الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب
القاتل مع ان الوصية لا تصح للقاتل كما قال الشافعي في وجه **قلنا** انما جوز ذلك لان المجروح لم
يقل اوصيتك بثلث الدية وانما عفى عن المال بعد سبب وجوبه فكان تبرعا مبتدا وذلك جائز
للقاتل الا ترى انه لو وهب شيا له وسلمه جاز وانما لا يجوز الوصية من جهته وفي جامع قاضي خان
والمحبوبي هذا على قول من يقول ان الدية تجب على العاقلة ابتداء اما على قول من يقول تجب الدية
على القاتل وتحمل عنه العاقلة فكذلك لانهم يتحملون عنه بطريق الحوالة وانما توجب براءة ذمة الاصيل
ولم يذكر في الكتاب هل يبطل بمقدار ما يحمل القاتل وهو قدر نصيبه عند القسمة واختلفوا فيه قيل
لا يسقط قدر نصيب القاتل وقيل يصح ويسقط الكل لانه لو بقي نصيبه يحمل كالواجب ليس الا هذا
فيحمل عنه العاقلة ثم هكذا وهكذا الى ان لا يبقى شي على القاتل في الآخرة فاوجب سقوط الكل وهو
الصحيح وذلك لانا لو ابطلنا الوصية في حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة كمن اوصى لحي وميت
كانت الوصية للحي فصححنا للوصية فلو ابطلنا الوصية في حصته ابتدا لزمنا تصحيحها في الانتهاء على ما ذكرنا
فصححناها ابتدا قصرا للمسافة **قوله** وتزوجها على يده اي موجب يده ثم مات الزوج فلها مهر مثلها
قيد بالموت في وجوب مهر المثل لانه اذا لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية وتصير ارش اليد مهرا
لها بالاجماع سوا كان القطع عمدا او خطأ تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث منه او على الجناية
لانه لما برا تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة
عندنا والارش يصلح صداقا كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان **قوله** يكون هذا تزوجا على القصاص في
الطرف وان كان لا يجري القصاص في الاطراف بين الرجل والمراة عندنا لان موجب العمد بالنظر الى
الاصل القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء ههنا لقيام المانع وهو التفاوت بين
طرف الرجل والمراة فلا يصلح مهرا الا بناء على تقدير السقوط اي سقوط القصاص ههنا اما بقبول الزوج
واما باعتبار استحالة استيفاء القصاص قال اسرى اي انقطع بين انه اي القطع قبل النفس ولم يتناوله العفو
فتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد والقياس ان يجب القود على ما بينا وهو انه موجب
العمد وهذا قتل عمد كما قاله لكنه ملك الا انه لما جعل القصاص مهرا حصل ولاية الاستيفاء للمراة ولو استوفت
المراة القصاص انما تستوفي عن نفسها لنفسها وهو محال لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا ومطالبا
ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل
كما لو لم يسم ابتدا كذا في المبسوط وقال المحبوبي لما مات الزوج كانت التسمية باطلة بالاجماع اما عندهما فلان
التزوج على القطع تزوج عليه وعلى ما يحدث منه فاذا مات صار متزوجا لها على القصاص وهو ليس بمال فلا
يصلح مهرا كما لو تزوجها على طلاق ضرتها او عتق ابنها وعند ابي حنيفة رحمه الله التزوج على القطع لا يكون تزوجا
على الحادث منه كالعفو عن القطع لا يكون عفوا عن الحادث منه فكان تزوجا على القطع لا غير فقد ظهر ان القطع
لم يكن حقا له بل حقه القتل ولم يتزوجها على ما هو حقه فلم تصح التسمية **فان قيل** ينبغي ان تصح

التسميه لان التزوج على القطع تزوج بموجبه وهو نصف الديه وكان متزوجا بخمسه الاف درهم ظنا
منه بوجوبها ولظهور الامر بخلافه لم يفسد كما لو ظن ان له عليها الف فتزوجها ثم تصادقا على انه
لم يكن له عليها شي كان متزوجا لها على الف فكذلك ههنا **قلنا** هذا هكذا اذا تزوجها على خمسة
الاف له عليها ثم ظهر انه لم يكن عليها اما ههنا تزوجها على القطع ثم ظهر ان القطع لم يكن حقا له واذا
لم يصح ذكر القطع لم يثبت ما في ضمنه وهو خمسة الاف فاذا بطلت التسميه وجب المثل بالدخول
والموت والمتعة بالطلاق قبل الوطي **قوله** تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر
المثل الى اخره هذا على قول ابي حنيفه اما عندهما فالمسمى موجود وتصير دية الزوج مهرا لها
لان التزوج على القطع عندهما تزوج على القطع وما يحدث منه فلو تزوجها على القطع وما يحدث
منه والجنايه خطا صارت دية الزوج كلها مهرا لها عند الكل فكذا ههنا **قوله** ولا تقاصّ
اي ما على الزوج وهو مهر المثل وما على المراه من الديه لاختلاف الذمم وفي مثل هذه الصورة
تقع المقاصه بين الديه والمهر لان الديه في تلك الصورة تجب عليها لا على العاقله ووجب المهر
لها فاتحدت ذمة المراه في الوجوب له وعليها اما في هذه الصورة تجب الديه على العاقلة فتختلف
الذمة في الوجوب لها وعليه **قوله** ولا شي عليها اي لا القصاص ولا الديه وكذلك لا شي على
عاقلتها لانهم لا يتحملون الديه في العمد **قوله** بشرط ان يصير اي القصاص مالا والقصاص هو الدم
وكان معناه بشرط ان يصير الدم مالا والدم ليس بمال في دين سماوي فكان شرطا باطلا فصار اسقاطا
مطلقا وان كان اي القطع خطا **قوله** ولهم اي للعاقله وصيه لان هذا تزوج على الديه لان موجب الخطا
والتزوج على اليد تزوج على موجبها **قوله** ويرفع عن العاقله اي يرفع قدر مهر مثلها ولهم ثلث ما
وصيه اي للعاقله ثلث ما ترك وصيه **قوله** من المحال ان يرجع اي المراه عليهم قال التمرتاشي
لو كان مهر المثل مثل الديه او اكثر فلا شي على العاقله لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها وان كانت
اي الزيادة تخرج من الثلث يسقط عنهم ايضا وان كانت لا تخرج يسقط ثلثه اي ثلث ما زاد على مهر المثل
الى تمام الديه ويردون ما بقي الى الورثة **قوله** في الفصلين اي فيما اذا تزوجها على اليد وفيما
اذا تزوجها على اليد وما يحدث منها يعني الفصلين باعتبار المتفق والمختلف والا فالفصول ثلاثه **قوله**
ثم مات اي المقطوع الاول من القطع فانه يقتل المقتص منه وهو القاطع الاول وبه قالت الائمة الثلاثه
قوله لا يوجب سقوط القود ولا يصير شبهه ايضا كمن له قود على اخر اذا استوفى طرفه اولا ثم قتله
يكون مسيا ولا شي عليه وكذا الو احرقه بالنار كان مسيا ولا شي عليه كذا في جامع المحبوبي وقد قضى له
او لم يقض وترد يد القضاء علامه مقدم على العدم فعلى القاطع ديه اليد عند ابي حنيفة وبه قال احمد
ولو قتله لا شي عليه عندهم وعند احمد عليه الديه وعند ملك عليه القصاص لانه قطع يد مكافي عمدا
غير مستحق للقطع واحمد يقول قطع طرفا له قيمه بغير حق وكان مضمونا عليه في الصورتين والقصاص سقط
بالشبهه واستحسانه لا تلاف جملته واليد جزء منها في اسقاط القصاص فاشبه الابوه وقالا اي ابو يوسف
ومحمد لا شي عليه لا القصاص ولا الديه وبه قال الشافعي لانه قطع يد من نفس لو اتلفها لم يضمن فوجب
ان لا يضمن اليد كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم وهذا لانه استحق اتلاف نفسه بجميع اجزايه فيستتبع الحق في
الاجزا فيبطل بالعفو حقه عما بقي لا عما استوفي ولهذا لو لم يعف اي لم يعف وسرى لا يجب الضمان عليه هذا
الزام على ابي حنيفة لا على احمد وملك لانهما قالا بضمان اليد بعد الاستيفا كما ذكرنا و **قوله** وتابرا
تاكيد لقوله اذا سرى اي لم يعف وسرى وما عفي يعني قطع وما عفي وما سرى يعني ما ظهر حاله
بعد القطع وكان القياس ان يجب القصاص كالاجنبي وهو قول ملك الا انه اي القصاص سقط

للشبهة

للشبهة و **قوله** فان له ان يتلفه اي الطرف تبعا للنفس تعليل لاثبات الشبهه و **قوله** وانما تجب في
المال جواب سوال تقديري وهو ان يقال لما سقط القصاص ووجب المال ينبغي ان ثبت المال في الحال
ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات فقال يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيظهر استوفى حقه و **قوله**
وملك القصاص الى اخره جواب عما قالا انه استوفى حقه فقال ليس كذلك لان استحقاقه لو كان لكان
يملك القصاص وانه ضروري يثبت مع المنافي كما مر فلا يظهر الا عند الاستيفا او العفو والاعتياض عنه
وهو عفو من وجه فاما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة الى اولها واذا كان الملك عدما قبل الاستيفاء
في حق المحل فلا يظهر في الاطراف قبل الاستيفا فاذا اتصل به الاستيفا حكم الان يظهر في حق الاطراف
فلم يكن هذا استيفا لحقه **فان قيل** لا نسلم ان القطع غير القتل مطلقا فان الشاهدين اذا شهدا
بالقتل فقطع المولى يده رجعا ضمنا لصاحب اليد يده فانما يضمنان ما اتلفا بشهادتهما فدل ان اليد
متلف بشهادتهما وهما ما شهدا الا بالقتل فلو كان القطع غير القتل لما ضمنا ولان ولي القتل في مسئلتنا
لو اعقب القطع قتلا لم يضمن شيا باعتبار ثبوت حقه في الطرف ففي اعقاب العفو اولى لانه في العفو
محسن واحسانه لا يكون موجبا عليه الضمان فلو كان ادى الى خلاف المعقول والنص اما المعقول فظاهر
واما النص فقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ولان القطع بعد العفو لو سرى الى النفس لم يضمن
شيا والقطع الساري اكثر من المقتصر فاذا لم يضمن شيا فالمقتصر اولى ان لا يضمن شيا وهذا
لان الاطراف تابعه للنفس فمن ضرورة ثبوت حقه في النفس ثبوته في الاطراف **قلنا** القطع غير القتل
فان القتل يزيل الحياة والقطع يبين العضو من الحي بلا ازالة الروح واحكامها تختلف ايضا وفي مسئلة الشاهد
ما اوجب اليد بل اوجب له قتل النفس وذلك يبري القاطع عن ضمان القطع وضمن بايجاب البراه عليه
بعد علة الضمان له وصار كما لو شهدا بانه ابرا غريمه عن الدين ثم رجعوا ضمنون ونظيره ما لو شهدا بالطلاق
قبل الدخول ثم رجعا ضمنا نصف المهر كانهما اوجبا عليه لان الفرقة قبل الدخول توجب البراة عن كل المهر
فكانهما اوجبا بعد البراه واما في مسئله اعقاب القتل بعد القطع فقلنا انما لم يضمن لان حقه في النفس
والاطراف تابعة لها فيسقط الحق في استيفا الاطراف تبعا لا مقصودا فاذا استوفى الطرف مقصودا
كان مستوفيا ما ليس بحق له الا انه قبل العفو كان متمكنا من ان يجعله تبعا للنفس بان يقتله ويكون
كل واحد من الفعلين قتلا ويصير الطرف تبعا للنفس ولا يضمن شيا وبعد العفو سقط حقه في
النفس وبقي الطرف مقصودا ولا حق له فيه مقصودا وكان مضمونا عليه الا ترى ان من وجب عليه قصاص
على امراة لو زنى بها يحد والمستوفي في الوطي في حكم جزء العين فلو ثبت له الحق في الطرف مقصودا لصار
ذلك شبهة في سقوط الحد فعلم ان ما مر اخلاف المعقول جاء من معنى اخر وهو انه بالعفو اسقط
حقه في النفس وكان ما قطعه قبل العفو واقعا في غير محله وظهر ذلك بالعفو فاضيف الحكم الى
العفو باعتباره واما جواب مسئله سرايه القطع بعد العفو مذكور في الكتاب وهو ان السرايه تبين
ان القطع قتلا الى اخره واما المرتد فقد سقط تقومه في النفس والطرف بالارتداد في حق الكل
بخلاف من عليه القصاص ان نفسه متقومه في حق غير من له حق القصاص على ما ذكرنا اشار الى الكل في
في المبسوط والاسرار و **قوله** فهو استيفا اي جز الرقبه استيفا لان القطع يحتمل السراية فالجز
متمما له ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح لانه بالبرء تبين ان القطع بغير حق **قوله** فالكف
تابعه لها اي للاصابع عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع والكف كالشرط لانه محل فامكن اظهار ملك
القصاص في الكف عند التصرف في الاصابع استيفا لما انها اصول من وجه وكذا في حق التقوم الاصابع اصل
فانه عليه الصلاه قابل الديه بالاصابع فقال في كل اصبع عشر من الابل واذا كان كذلك لحقه في الاصابع

فلا يضمن بقطعها كذا في جامع البزدوي بخلاف الطرف مع النفس لانه تابع للنفس من كل وجه **قوله**
وقالا لا يضمن وبه قال الشافعي ومثلك واحمد كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق ومات من ذلك
وكالبزاغ والحجام والختان والمامور بقطع اليد بان قال لاخر اقطع يدي فقطع يده فسرى الى النفس لا
لا يضمن المامور بالاجماع وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلم يجز ان يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها
مضمونة وفي ابتدايها قطع قصدا فكذا في الانتها يكون قطعا لا قتلا وابو حنيفة يقول المعتبر في الجنايات
ما لها لا ابتداؤها الا ترى انه لو قطع يدا من نصف الساعد لم يكن عليه قصاص فان سرى الى النفس يجب
القود فعلم ان المعتبر هو المال وبالنظر اليه علم انه غير حقه ولا يتصور ان يكون الفعل على صفة ثم يصير
على صفة اخرى اذ لا بقاء له ولكن يتبين انه كان من الاصل قتلا وهو بمنزلة تحريك الخشبة ان لم يصب شيا
كان تحريكا وان اصاب كوزا كان كسرا وان اصاب حيوانا فمات كان قتلا وههنا ازهق به الروح كان
قتلا في الاصل ولا حق له في القتل كذا في المبسوط **قوله** في مجرى العادة يعني الموت من الجرح ليس
على خلاف العادة كما في غيره اي غير الامام وهو البزاغ والحجام والختان وفي المامور اقام الامر المامور
مقام نفسه في القطع مطلقا وكما فرغ من ذلك خرج من عهدته وصار مسلما الى الامر بذلك كالرمي
الى الحربي فانه واجب فاذا رمى الى حربي واصاب مسلما لم يضمن اذ هو مندوب الى العفو قال
تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وانما يكون من باب الاطلاق اي الاباحة فيتقيد بوصف السلامة
كالمشي في الطريق والرمي الى الصيد وتعزير الزوج زوجته فيتقيد بشرط السلامة اما ما كان
مستحقا عليه لا يتقيد بوصف السلامة كيلا يكون مكلفا ما ليس في الوسع كذا في المبسوط وجامع
المحبوبي **فان قيل** ما الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المقتص له والمستعير والمستاجر للدابة
للركوب حيث لو ماتت الدابة من ركوبها لم يضمنا وبين المعلم اذا ضرب الصبي باذن الاب لم يضمن
هو بل يضمن الاب وبين ما قطع يد حربي او مرتد فاسلم ثم سرى الى النفس لا يضمن والمقتص له بالسراية
يضمن **قلنا** الفرق ان المستعير والمستاجر وان صار فعلهما قتلا في الانتها لانهما ماذونان
من جهة المالك في الركوب فانتقل فعلهما اليه فصار كان المالك ركب ومات من ركوبه بخلاف
المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ففي الاذن ينتقل الفعل دون الملك فاذا سرى علم انه تصرف
في غير ملكه وكذا المعلم لا يضمن لما انه فعله بامر الاب وامر الاب له بالضرب صحيح فينتقل فعله
الى الاب فكان الاب ضربه والمعلم آلة واذا ضرب الاب بنفسه ومات تجب الدية على الاب
فكذا ههنا اما المقتص له يقطع بحق الملك كما ذكرنا وفي قطع الحربي والمرتد انما لم يضمن القاطع لان
القطع بالسراية يصير قتلا من الابتدا ولو قتله ابتدا في تلك الحالة لا يجب الضمان فكذا في الانتها

باب الشهادات في القتل

لما كانت الشهادة في
القتل متعلقا بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل لانه لما تعلق به صار كالتابع له **قوله** وان
كان اي القتل خطا لا تعيدها اي البينة بالاجماع **اعلم** ان العلما اجمعوا على قبول بينة الحاضر
وعلى انه لا يقضى بالقود ما لم يحضر الغايب لان المقصود بالقصاص الاستيفا والحاضر لا يتمكن من
الاستيفا بالاجماع وعلى ان يحبس القاتل لانه متهم بالقتل والمتهم يحبس والخلاف في اعادة البينة
اذا حضر الغايب فعند ابي حنيفة رحمه الله كلف الغايب بالاعادة وعندهما لا وهو قياس قول
الايمة الثلاثة **قوله** طريقه الوراثة اي سبب ملك القود للمورث ثم للوارث بالنقل كالدين
فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين فيما يدعي للميت فلا يكلف الغايب اقامة البينة والقضا
على الغايب وان كان لا يجوز قصدا يجوز ضمنا كما لو ادعى الكفالة على رجل واقام بينة يثبت

الدين على الغايب ذكره في الجامع الصغير وهذا اي كونه بطريق الوراثة لانه القود عوض عن نفسه
قال تعالى النفس بالنفس والملك في المعوض للمورث فكذا في العوض وفي جامع قاضي خان وللمراة
حق في القصاص وانها لا تملك شيا من حقوق الزوج الا بطريق الوراثة **قوله** طريقه الخلافة
وهو ان يثبت الملك ابتدا للوارث دون المورث لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا
لوليه سلطانا ولهذا اثبت ملك القصاص بعد الموت والـ[illegible] ليس باهل للملك القصاص لانه شرع
للتشفي ودرك الثار كالعبد اذا [illegible] فانه يثبت الملك للمولى ابتدا بطريق الخلافة لان العبد ليس
باهل للملك ولهذا صح عفو الوارث قبل الموت والقياس ان لا يصح لان حقه يثبت بعد الموت والعفو
قبل الثبوت لا يصح وفي الاستحسان يصح لانه عفو بعد وجود السبب وانما صح عفو المجروح عنه
استحسانا ايضا لا قياسا اذ القياس ان لا يصح لان القتل لم يوجد وفي الاستحسان يصح لان السبب
انعقد له ذكره في الايضاح ولانه من حيث انه بدل نفسه فيصح عفوه واذا كان طريقه اي طريق
ملك القصاص اثباته للورثة لا انه يثبت للميت ثم ينتقل الى الورثة لا ينتصب احد الورثة خصما عن
الباقين في اثبات حقه بغير وكالة منه ونيابة وما لبينة التي اقامها لا يثبت القصاص في حق الغايب فيعيد
البينة عند حضوره ليتمكن من استيفايه ولا يلزم ان القصاص اذا صار مالا صار موروثا لانه
انما لم يورث لعدم الفايدة لانه لا يصلح لقضا حوايج الميت فاذا صار مالا صار صالحا لقضا حوايجه
فصار مفيدا **قوله** فالشاهد خصم اي فالحاضر خصم **قوله** لما بيناه وهو ان القود مشترك
بينهما فالقاتل يدعي بطلان حق الحاضر واسقاطه ولا يمكنه اثبات ذلك الا باثبات العفو عن الغايب
فصار الغايب مقضيا عليه ويحتمل ان يكون معنى قوله على ما بيناه من ان ملك القود يثبت عند[هما]
بطريق الوراثة لان العبد يبقى في حق الدم على اصل الحرية وعنده بطريق الخلافة **قوله** لانهما
يجران بشهادتهما الى اخره تعليل لقوله شهادتهما باطلة ودليل قوله وهو عفو منهما متروك فقد ذكره
في شهادة المحبوبي شهادتهما عفو منهما لانهما زعما ان القود سقط وزعمهما معتبر في حقهما فاذا سقط
حقهما سقط في حق الكل لان القصاص لا يتجزى **قوله** صدقهما وحده اي صدق القاتل الشاهدين وحده
ولم يصدق المشهود عليه بل كذبهما قيد به لانه اذا صدق المشهود عليه مع القاتل انما يسقط حقه
في الدية لاقراره بالعفو **قوله** معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود
عليه ايضا وقيد به انه لو صدقهما القاتل كان عليه دية كاملة لانه اقر بسقوط القصاص وانقلاب
نصيبهما مالا فيصير نصيب المشهود عليه مالا ايضا **قوله** لا اقراره له اي اقرار القاتل للمشهود عليه
بذلك لانه انكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه ولكنه يصرف الى الشاهد
وفي بعض النسخ لكنه يصرف ذلك الى الشاهدين الى اخره وفي الاصح اورد القياس والاستحسان فيما
اذا كان دم عمد بين اثنين فشهد احدهما على الاخر فصدقه المشهود عليه وحده لا يلزم القاتل شيا قياسا
ويلزمه نصف الدية استحسانا والشهادة لما كانت لا تقبل ههنا للتهمة فشهادة الاثنين والفرد سوا
وقال اصحاب الشافعي لو شهد احدهما بالعفو عن القود والمال سقط القود ويثبت له حصته من الدية
ونصيب المشهود عليه ان كان الشاهد ممن تقبل شهادته عليه حلف القاتل انه عفى القود والمال
جميعا كذا في الحلية **قوله** فعليه القود اذا كان عمدا شرط العمد لوجوب القصاص ولم يتعرض للآلة
وذكر هذه المسالة في ديات الاصل وتعرض ولم يشترط العمدية وقال اذا ضرب رجلا بالسيف فلم
يزل صاحب فراش حتى مات فشهدت هذا بذلك كان عليه القصاص لما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما
فهو يجري على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله ان يكون الآلة جارحة كذا في الذخيرة **قوله** ضربه

بشي جارح **فان قيل** الشهود شهدوا على الضرب بشي جارح ولكن الضرب قد يكون خطا
فكيف ثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا **قلنا** لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد
شهدوا انه ضربه عمدًا لانه لما كان مخطيا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه ولما يشهدون انه قصد
ضرب غيره فاصابه كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده **قوله** اي الذي كان به القتل بان
قال احدهما قتله بالعصا وقال الاخر كان سيفا فهو باطل ولا يعلم فيه خلاف **قوله** لان المطلق
يغاير المقيد لان المقضي به ان كان القتل بعصًا فالديه على العاقله وان كان المقضي به لا يعلم فالدية
في ماله كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده **قوله** والمطلق ليس بمجمل ولهذا اوجب التحرير في
التكفير بقوله تحرير رقبه ولو كان مجملا لما وجب الكل **قوله** ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة
الى اخره يعني لا يحمل قولهما لا ندري على الغفله بل يحمل على انهما سعيا في الديه والمندوب اليه في
العقوبات احسانا للظن بهما وذلك شايع وان كان كذبا لان الشرع جوز الكذب في اصلاح ذات
البين قال عليه الصلاه والسلم ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا او نما خيرا وهذا احق من ذلك
لان الشاهد مندوب الى الستر والى السعي في درء العقوبات فلا تثبت الاختلاف في الاله بالشك الى
اخره وهذا في الحقيقه جواب اشكال يرد على جواب الاستحسان وهو ان يقال ينبغي ان لا تقبل
شهادتهم في قولهم لا ندري صادقون ام كاذبون على الوجهين لا تقبل لان على تقدير صدقهم لا
يمكن القضا بشهادتهم لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة فلا تقبل شهادتهم
فقال في جوابه جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري او لواكذبهم الى اخره يعني اختاروا
على القاتل جهة الستر **قوله** فقتلهما جميعا فله ان يقتلهما اما لو قال صدقتما في هذه الصورة
لا يقتل واحدا منهما ذكره التمرتاشي والفرق ان قوله صدقتما كقوله لكل واحد انت قتلته وحدك
وفي تصديق كل واحد منهما تكذيب الاخر وهو يكذب لما حينيذ بخلاف قوله قتلتما لانه لما اقر كل
واحد لكمال القتل صدق الولي بقوله قتلتما كل واحد في نصف القتل والتكذيب في نصف ما اقر به لا
يبطل اقراره اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار كما لو اقر لرجل بالف فصدقه في النصف
وكذبه بالنصف صح الاقرار كذا ذكره الكشاني

باب في اعتبار حالة القتل

ذكر احوال القتل بعد وجود ذكر القتل وما يتعلق به لان الحال صفة
والصفة تعتري الشي **قوله** فعلى الرامي الديه عند ابي حنيفه اي لورثه المرتد وقالا لا شي عليه من
الدية والقصاص وبه قالت الايمة الثلاثة لان التلف حصل في محل لا عصمة له فيكون هدرًا كما لو جرحه ثم
ارتد ثم مات وكما لو ابراه بعد الجرح اي عن الجنايه او حقه وكما لو ابراه عن حقه او الجناية ثم اصابه
السهم وكما لو اعتق المالك عبد المغصوب يصير مبريا للغاصب عن الضمان كذا في جامع صدر الاسلام
وله ان الضمان وجب بفعله يعني الرامي انما يصير قاتلا بفعله وفعله الرمي لا غير والمرمي اليه وقت
الرمي متقوم **قوله** فلا شي عليهم في قولهم اي في قول اصحابنا وقال الشافعي واحمد تجب عليه في المرتد
والحربي اذا اصابهما الرميه بعد اسلامهما الديه لان الاعتبار لحالة الاصابة اذ الرمي سبب والاصابة
جناية والاعتبار لحاله الجنايه كما لو حفر بير الحربي فوقع فيها بعد اسلامه وقلنا ان الرمي لم ينعقد موجبًا
للضمان لان المرمي غير متقوم وان اصابه متقوما بعده واصحابنا اعتبروا حاله الرمي كما في هذه المسئله
وكذا مسئله الرجم على ما يجي وكذا في مسله الرمي ثم تمجس وكذا في مسئلة المحرم على ما يجي الا انهما يقولان في
مسله رمي مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبريا للرامي عن الضمان ولهذا قالا بالارتداد مبريا والا
انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفه يقول بالارتداد لا يصير مبريا لان في اعتقاد المرتد ان الردة

لا تبطل التقوم فكيف يصير مبريا عن الضمان كذا في جامع قاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي **قوله** فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة الى اخره وقال الشافعي واحمد تجب عليه ديه حر لورثته لما ذكرنا من ان الاعتبار
للضمان عندهما حالة الاصابة ونقول لما قال زفر له اي لمحمد ان العتق قاطع للسراية لان توجه السهم اليه
اوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم اعتقه مولاه لا تقطعت سرايه جنايته
ولم يضمن قيمته ولا ديته بالاتفاق ولكن يضمن نقصانه لا نتقاص قيمته بالاضافه الى ما قبل الرمي فكذا هنا
قوله واذا انقطعت السراية يبقى مجرد الرمي الى اخره وانما قال ان العتق قاطع للسرايه لما ان
ابتدا الفعل يقتضي ثبوت الضمان للمولى وانتها الفعل يقتضي ثبوته للمرمي اليه فيكون انتها الفعل مخالفا
لاوله فلا بد ان يجعل العتق قاطعا للسرايه ضرورة وفرق ابو يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى
وهو ان المرمي مسلما وارتد حالة الاصابة فقال هنا بالرده خرج من ان يكون معصوما فيكون مسبوقا
اما هاهنا فالمعترض على الضمان ليس الا العتق وانه لا ينافي وجوب الضمان بل يوكد لعدم سقوط عصمته
بل ازداد فلا يلزم المخالفه بين النهايه والبداية في استحقاق الضمان وتجب القيمة دون الدية
لانه انعقد موجبا للقيمه ولا تعترضه ههنا فيه فلا تعتبر بعده كذا في جامع المحبوبي **قوله** اما
الذمي قبل الاصابة ليس باتلاف شي منه اي من المرمي اليه لانه اي لان الرمي لا اثر له اي للرمي في المحل
لعدم اصابته الى المحل فلم تخالف النهايه البدايه بخلاف الجرح فان هناك اتصلت بالمحل ووجب
ضمان الجرح للمولى في الحال وعند السراية لو قلنا بوجوب ضمان النفس كان ذلك للعبد الميت
فخالفت النهايه البداية فكذلك قطع العتق السرايه هذا كله مما اشار اليه المحبوبي وقال
الشافعي واحمد في وجه تجب ديه حر في الجرح ايضا لان الجناية معتبرة حال استقرارها وهو
حينيذ حر وعن احمد في وجه كقولنا اي للسيد كمال قيمته **قوله** واسلامه اي سقوط الاهليه
عنده اي عند الرمي

كتاب الديات

قدم القصاص لانه هو الاصل قال الله تعالى ان النفس بالنفس وصيانة الحياة والانفس فيه اقوى والدية
كالخلف له ولهذا تعتبر بالعوارض كالخطا وما في معناه وقد بينا المحاسن في اول الجنايات والدية
لغة مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال
تسمية بالمصدر وكان الثاني اخره ما عوضا عن الواو في اولها كالعدة والاصل ودي يدي ديا
ومنه الحديث فوموا فدوه واصل التركيب يدل على معنى الجري وخرج منه الوادي لان الماء يدي فيه
اي يجري والارش اسم للواجب على ما دون النفس وفي الصحاح الارش ديه الجراحات ثم الاصل في
وجوب الديه الكتاب قال الله تعالى ودية مسلمة الى اهله والسنه فروى ابو بكر محمد بن عمرو بن حزم
انه صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتابا الى اهل اليمن فيه الفرايض والسنن والديات وقال
فيه وان في النفس مايه من الابل رواه النساي في سننه وملك في موطيه وقال ابن عبد البر هو كتاب
مشهور عند اهل السير واهل العلم فاستغنى بشهرته عن الاسناد لانه اشبه المتواتر في مجيه في احاديث
كثيره ياتي في مواضعها من الكتاب واجمع اهل العلم على وجوب الديه في الجمله وفي المبسوط القتل
من اعظم الكباير فلا بد له من زاجر لانه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد في الاخرة ما انزجر الا
اقل القليل واما اكثر الناس انما ينزجر عن مخافة العاجلة بالعقوبه فشرع فيه القصاص والدية لتحصيل معنى
الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه محمد كتاب الديات لان وجوب الدية بالقتل اعم من وجوب
القصاص فان الديه تجب في الخطا وشبه العمد فرجح جانب الدية في تسميه الكتاب **قوله** ولا يجزي
فيها اي الكفاره الاطعام وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد في روايه وقال الشافعي ومالك واحمد

في روايه فان لم تقدر على الصيام يجب اطعام ستين مسكينا لانها كفاره فيها عتق وصيام شهرين متتابعين
وكان فيها اطعام ستين مسكينا عند عدمهما ككفاره الظهار والفطر في رمضان وقلنا هذا من المقادير
والمقادير لا تعرف بالراي بل بالنص ولم يرد به فص لان المذكور في النص كل الواجب لانه بدخول الفا
يعلم انه خبر الشرط المذكور قبله وهو انما يكون جبرا ان لو كان كل الجزا والا لا يكون جزا لان الجزا
اسم للكافي او لانه اي العتق او الصيام كل المذكور وهذا ينفي كون غيره غير مراد اذ لو كان غيره مرا
الذكر لانه موضع الحاجه الى البيان بحيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع
الحاجه بيان **قوله** لانه مسلم به اي باخذ الديه **قوله** والظاهر سلامه اطرافه هذا جواب لسوال
مقدر وهو ان تعالى ينبغي ان لا يصح عتقه لا يجب في ذكره ولسانه حكومه عدل كما سيجي وسلامة اطرا
غيره وسلامه الاطراف في عتق الرقبه شرط لوقوعه كفاره فقال والظاهر سلامه اطرافه والظاهر
يصلح حجه للدفع لا للالزام وفي ايجاب الديه في القطع الزام الديه فلا يصلح حجه اما ههنا لدفع او
ولانه اذا عاين ههنا نعرف سلامه اطرافه اما هناك لو قطعت اطرافه لم نظهر لنا سلامه اطرافه
لا في حال القطع ولا بعد العتق وفي الاعتاق لم ينسد باب حدوث السلامه فافترقا **قوله** وهو
الكفاره اي عتق الرقبه الذي ذكرنا في شبه العمد هو الكفاره في الخطا **قوله** وديه اي ديه شبه
العمد قيد به لان ديه الخطا المحض مايه من الابل ارباعا وقوله عند ابي حنيفه فالاقتصار على قول
ابي حنيفه مخالف لعامه روايات الكتب من المباسيط وغيرهم والجوامع والاسرار والايضاح فان
المذكور فيها عند ابي حنيفه وابي يوسف وكتب في بعض النسخ عند ابي حنيفه وابي يوسف موافقا لعامة
الروايات و**قوله** عشرون بنت مخاض نصب بنت وكذا في غيره لان مميز احد عشر الى تسعة وتسعين
يجي منصوبا الخلفه الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها وقد يقال خلفات فعلى هذا التفسير
كان قوله في بطونها اولادها صفه مقرره كما في قوله صلى الله عليه وسلم ما ابقته الفرايض فلاولى رجل
ذكر فديه شبه العمد ارباعا كما ذكر في الكتاب عند ابي حنيفة وابي يوسف وملك واحمد في روايه
وبه قال الزهري وربيعه وسليمان بن يسار وعند محمد والشافعي واحمد في روايه اخرى اثلاثا
كما ذكر في الكتاب لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه صلى الله عليه وسلم قال من قتل متعمدا
ادفع الى اوليا المقتول فان شاوا قتلوا وان شاوا اخذوا الديه وهي ثلاثون حقه وثلاثون جذعة
واربعون خلفه وما صالحوا عليه فهو لهم رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وعن ابن عمر انه
صلى الله عليه وسلم قال الا ان في قتيل عمد الخطا قتيل السوط والعصا مايه من الابل اربعون خلفه في
بطونها اولادها رواه ابو داود واحمد وغيرهما وعن عمرو بن شعيب ان رجلا حذف ابنه بالسيف
فقتله فاخذ عمر منه الديه ثلاثين حقه وثلاثين جذعة واربعين خلفه رواه ملك في الموطا ولنا ما
روى الزهري عن السايب بن يزيد قال كانت الديه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارباعا
خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين حقه وخمسا وعشرين بنت مخاض
ومعلوم انها لم يرد به الخطا لانها في الخطا يجب اخماسا فعرف ان المراد به شبه العمد وقال صلى الله
عليه وسلم في نفس المومن مايه من الابل والمراد ادنى ما يكون منه وما قلنا ادنى وعن ابن مسعود
ديه شبه العمد ارباعا وهكذا عن علي كما ذكر في الكتاب ولان ديه شبه العمد اغلظ من ديه الخطا
المحض وذلك اي كونها اغلظ فيما قلنا لان في الخطا المحض يجب اخماسا ولان الديه انما يجب عوضا عن المقتول
والحامل لا يجوز ان يستحق في شي من المعاوضات لما ان صفه الحمل لا يمكن الوقوف عليها او لان الجنين
من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزياده على المايه وبالاتفاق ان صفه التغليظ

من حيث السن لا من حيث العدد والديات تعتبر بالصدقات لانها تجب على العاقله بطريق الصلة
للعامل كالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها كرايم اموال الناس فكذلك في
الديات كذا في المبسوط **قوله** وما رواه اي محمد والشافعي من الحديث لا يكاد يصح الزيادة و
اربعون منها خلفات في بطونها اولادها وهذه الزيادة لم تثبت لانه عليه السلام قال في حجة الوداع
في خطبته وكان يحضر من جماعة الصحابة ولم يرو هذا الحديث الا النعمان بن بشير وهو في ذلك
الوقت من الصبيان وقد خفي الحديث على كبار الصحابة حيث اختلفوا فيما بينهم من التغليظ ولم
يجر المحاجة بالحديث علم انه لا يكاد يصح كذا في المبسوط وفي شرح الاقطع وما رواه محمد والشافعي
معارض لاثر ابن مسعود لان ابن مسعود ما قال ذلك الا سماعا لانه لا مدخل للراي في المقادير
واذا تعارض الخبران كان الاخذ بالمتيقن اولى وهو ادنى الابل اولى وهذا معنى قوله كالمرفوع اي
اثر ابن مسعود كالمرفوع فتعارض وهو متيقن بالادنى **قوله** لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان
عمر وزيدا وابا موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة قالوا كما قال محمد والشافعي وعن علي وعثمان وزيد
بن ثابت في رواية عنه انهم قالوا ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون واربعون خلفه وعن ابن مسعود كما
ذكرنا ثم على قول الشافعي ومحمد لو اختلف في حملها يرجع الى اهل الخبره كما يرجع في حمل المراة الى قول
القوابل ولو اختلف الولي والجاني بعد ما اخذها بقول اهل الخبره قال الولي لم يكن حوامل وقال
الجاني ولدت عندك فالقول للجاني وان اخذها بغير قولهم فالقول للولي لان الاصل عدم الحمل ثم
ديه شبه العمد على العاقله عندنا والشافعي واحمد في الظاهر والثوري واسحق والنخعي والحكم
وحماد والشعبي وقال ابن سيرين وابن شبرمه وابو ثور وقتاده والثوري والحرث العكلي واحمد
في روايه في مال القاتل وهكذا يجب ان يكون قول ملك لان شبه العمد عنده من باب العمد لهم
انها موجب فعل قصد فلم يحمله العاقله كالعمد المحض ولانها ديه مغلظه فاشبهت ديه العمد ولنا ما
روى ابو هريره اقتتلت امراتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم بديه المراه على عاقلتها متفق عليه ولانه قتل لا يوجب القصاص فوجبت
ديته على عاقلته كالخطا ولا يعلم خلاف بين اهل العلم انها موجله وحكي عن قوم من الخوارج انهم
قالوا انها حاله لانها بدل متلف فيجب حاله كالقصاص وبدل ساير المتلفات وقلنا تخالف ساير المتلفات
والقصاص لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة فاقتضت الحكمه تخفيفها عليهم وقد روي
عن عمر وعلي انهما قضيا بالديه على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعا وقول
الخارجي مخالف للاجماع اما الديه التي تجب في العمد المحض في مال القاتل بالاجماع ولكن عندنا موجله
وعند الايمة الثلاثه حالة لانه بدل النفس كالقصاص وقلنا ديه ادمي فكانت موجلة كديه شبه العمد
قوله لما بينا من قبل اشاره الى ما ذكر في اول الجنايات **قوله** اخذنا نحن والشافعي به وبه قال
ملك واحمد وابن المنذر واكثر اهل العلم **قوله** غير ان عند الشافعي يقضى مكان عشرين ابن مخاض عشرين
ابن لبون وبه قال ملك والليث وربيعه قال الخطابي روي انه عليه الصلاة والسلام ودى الذي قتل
بخيبر بمايه من ابل الصدقه وليس في اسنان الصدقه ابن مخاض وهكذا روي عن ابن مسعود ايضا ولنا
ما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ديه الخطا عشرون
حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض عشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه النسايي
وابو داود وابن ماجه واما ديه قتيل خيبر فلا حجه لهم فيه لانهم لم يدعوا على اهل خيبر قتله الا عمدا
فيكون ديته ديه العمد وهي من اسنان الصدقه والخلاف في الخطا **قوله** وقال الشافعي من الورق

اثنى عشر الفا وبه قال ملك واحمد واسحق لما روى ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم قضى في الدية
بذلك وروى يزيد الرقاشي انه عليه الصلاة والسلم قال لان اجلس مع قوم يذكرون الله من بعد صلاة
العصر الى ان تغيب الشمس احب الي من ان اعتق ثمانية من ولد اسمعيل دية كل واحد منهم اثنى عشر الفا
وعن الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قرا الخمساية الى الف ايه اصبح وله قنطار في
الاخرة والقنطار دية احد كم اثنى عشر الف درهم ولنا ما روى الى اخره وروى عن عمر بن عبد العزيز
بعشرة الاف درهم وبقولنا قال الثوري وابو ثور صاحب الشافعي **قوله** وزنها وزن ستة **فان
قيل** اثنى عشر بوزن ستة يكون اكثر من عشرة الاف ايضا فكيف يفيد هذا التاويل **قلنا**
يحتمل انه كان وزن ستة الاشي الا انه اضيف الوزن الى ستة لما انه كان قريبا من وزن ستة على
ان هذا الوزن غير مراد على التعيين بل يكون محمولا على وزن يوافق نصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
سوا كان وزن ستة او خمسة كذا في مبسوط شيخ الاسلام ولهذا قال في الاسرار وروى عن ابن عباس
انه صلى الله عليه وسلم جعل الدية عشرة الاف نصب شرعه وما رواه الشافعي قضية في حادثة يحمل
على حال ما اذا كانت الدراهم وزن خمسة فانها كانت على ذلك في الاغلب الى عهد عمر فابطل عمر
ذلك الوزن او يحمل على انه صلى الله عليه وسلم قضى برضا الغارم بالدية او قضى بقيمة الابل ورضا
والعجب من الشافعي انه لا يعمل بالمرسل وحديث الحسن مرسل وحديث الرقاشي ضعيف عند الثقات
ولانا اجمعنا انها من الذهب الف دينار والدينار متقوم شرعا بعشرة دراهم على اصولنا كما في نصاب
السرقة دينار او عشرة دراهم وكذلك في الصداق ويستدل ايضا موضع الوفاق فان الزكاة تجب في
المال الكثير لا في القليل ثم الشرع قدر نصاب الفضة بمايتي درهم ونصاب الذهب بعشرين مثقالا فجعل
كل دينار بعشرة دراهم ولان الواجب في الجنين عشر قيمة الام عنده وعندنا عشر قيمتها اذا كان انثى و الواجب
خمسماية بالنص والاجماع **قوله** ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة اختلف العلماء في
الاصل في الدية فقال الشافعي واحمد في رواية وابن المنذر الابل فقط فيجب قيمة الابل بالغة ما بلغت
لانه عليه الصلاة والسلم قال الا ان في قتيل عمد الخطا قتيل السوط والعصا ماية من الابل لانه عليه
الصلاة والسلم فرق بين دية العمد والخطا فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق في غير الابل ولان
الابل مجمع عليه وما عداه مختلف فيه فيوخذ بالمتيقن وقال ابو حنيفة الابل والذهب والفضة وبه
قال احمد والشافعي القديم وقال ابو يوسف ومحمد واحمد في رواية الابل والذهب والفضة والبقر
مايتا بقرة والغنم الفا شاة والحلل مايتا حلة لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه قام عمر خطيبا
وقال الا ان الابل قد غلت تقوم الابل على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنى عشر الفا
وعلى اهل البقر مايتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل مايتي حلة رواه ابو داود وفايدة
الخلاف تظهر في اختيار القاتل فعند ابي حنيفة فله الخيار من اي انواع الثلاثة وفي الصلح فان عنده يجوز
الصلح على اكثر من مايتي بقرة في رواية وفي رواية عنه لا يجوز كقولهما كما لو صالح على اكثر من ماية الف او
الف دينار وعند ملك ان كان القاتل من اهل البوادي والعمود فهي ماية من الابل وان كان من اهل
الذهب كاهل الشام ومصر والمغرب ومن لحق بهم في ذلك فالف دينار وان كان من اهل الورق كاهل
خراسان والعراق وفارس فاثنى عشر الف درهم ذكره في الجواهر فعلم ان الاصول عنده ثلاثة وبالكل
جا الحديث ففي كتاب عمرو بن حزم انه عليه الصلاة والسلم كتب الى اهل اليمن وان في النفس المومنة ماية
من الابل وعلى اهل الورق الف دينار رواه النساى وروى الشعبي ان عمر جعل على اهل المدينة الف
دينار رواه ابو داود وابن ماجة وما اخذ عمر من البقر والغنم والحلل كان بطريق القيمة للتيسير فظن

الراوي انه اخذ بطريق التقدير يدل عليه ما جا في رواية عمرو بن شعيب انه قام خطيبا الا ان الابل قد غلت
تقوم الابل الى اخره الحلة ازار ورداء هو المختار وقيل في ديارنا قميص وسراويل **قوله** على كل منها
اي من المذكورات و**قوله** والتقدير بالاجل الى اخره جواب عن شبهة ترد على قوله وهذه الاشيا
مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان فقال بعض ما ذكرت يقدر ضمان الدية بالابل مع انها
مجهول المالية فقال في جوابها ثبت ذلك بالاثار المشهورة كما ذكرنا **قوله** وفي المعاقل اي في
كتاب معاقل المبسوط اورده هذا على طريق الشبهة على قول ابي حنيفة حيث قال فيه لا يجوز الصلح على اكثر
من مايتي حلة ومايتي بقرة ومن الفي شاة وهذا علامة التقدير حيث لم يذكر فيه خلاف ابي حنيفة فاجاب
بجوابين احدهما ما ذكر في معاقل المبسوط قول الكل في الصحيح كما ذكره بعض مشايخنا ان الخلاف
بينهما غير ثابت في الدية من ستة الا ان ابا حنيفة ذكر الثلث لان الغالب في ايدي الناس تلك الاموال
وهذا الظهر استدلالا بما قال في كتاب المعاقل وقيل اختلاف زمان ومكان وقال بعض المشايخ الخلاف
ثابت وما ذكر في المبسوط قولهما لا قوله **قوله** ودية المراة الحرة على النصف من دية الرجل قال
ابن عبد البر وابن المنذر اجمع اهل العلم على ان ديتها نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن علية والاصم
انهما قالا هما سوا لقوله عليه الصلاة والسلم في النفس المومنة ماية من الابل ولنا ما كتب عمرو بن حزم
دية المراة على النصف من دية الرجل واجمع الصحابة على ذلك وما ذكراه مخصوص بذلك وقولهما شاذ مخالف
لاجماع الصحابة وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وكذا الثلث قاله في القديم وبه قال ملك
واحمد وهو قول الفقها السبعة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وقتادة
والاعرج وربيعة وهكذا روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعندنا والشافعي في ظاهر مذهبه واختاره
ابن المنذر وابو ثور على النصف فيما قل او كثر وبه قال الثوري والليث وابن ابي ليلى وابن شبرمة وابن
سيرين وفي النهاية والصواب ان يقال الثلث وما دونه لا **[illegible]** عند الشافعي اي في القديم
كما ذكرنا فللشافعي ومن تابعه ما روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم عقل المراة عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها اخرجه النساى وقال ربيعة قلت لابن المسيب
كم في اصبع المراة قال عشر من الابل قلت في اصبعين قال عشرون قلت في ثلاث اصابع قال
ثلاثون قلت ففي اربع قال عشرون قلت سبحان الله لما عظمت مصيبتها قل عقلها قال اعراقي انت
ام جاهل مسترشد قال جاهل مسترشد قال هكذا السنة يا ابن اخي والسنة مطلقا تقتضي سنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الثلث لاحمد روايتان في رواية يستويان لانه لم يعتبر حد القلة
ولهذا صحت الوصية وفي الصحيح لا يستويان لقوله صلى الله عليه وسلم حتى يبلغ الثلث وما بعد حتى
يخالف ما قبله لان الثلث في حد الكثرة لقوله عليه الصلاة والسلم الثلث كثير ولنا ما روينا بعمومه
وما ذكر ربيعة فان ما تيرا لقطع في ايجاب الارش لا في اسقاطه فهذا شي يحيله العقل ولانهما شخصان
مختلفان في دية النفس فكذا فيما دون النفس كالمسلم والكافر واما الحديث فشاذ نادر فيما يعم
به البلوى فلا يمكن اثبات الحكم الذي يحيله العقل به وقول سعيد من السنة سنة زيد فان كبار
الصحابة افتى بخلافه كذا في المبسوط وقال ابن قدامة في المغني اثبات مذهبه والاجماع ممنوع
لما ذكر من قول علي وعمل كبار الصحابة **قوله** اعتبارا لها اي بالنفس وبالثلث وما فوقه وفي
النهاية والصواب ان يقال اعتبارا لها بما فوق الثلاثة بما ذكرنا من ان الثلث يساوي وما
فوق الثلث لا يساوي **قوله** ودية المسلم سوا وبه قال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي
والثوري روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية وقال ابن عبد البر هو قول ابن المسيب

والزهري وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم وبه قال احمد وهو قول
ابن المسيب وعطا والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار واسحق وابو ثور وروي عن عمر وعثمان ايضا وقال
مالك دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم وبه قال عمر بن عبد العزيز وعروة وعمرو بن شعيب
وعن احمد كنت اقول ديتهما ثلث دية المسلم الا اني رجعت عن هذا وانا اذهب اليوم الى نصف دية
المسلم اما دية المجوسي ثمان مائة درهم باتفاقهم لمالك ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه
عليه الصلاة والسلام قال دية المعاهد نصف دية المسلم وفي لفظ انه عليه الصلاة والسلام قضى ان
عقل اهل الكتاب نصف عقل المسلمين وللشافعي ما روى عبادة بن الصامت انه عليه الصلاة
والسلام قال دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وهكذا روي
روي عن عمر انه جعل دية اهل الكتاب اربعة الاف ودية المجوسي ثمان مائة درهم وهكذا روي عن عثمان انه
جعل دية اهل الكتاب اربعة الاف ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولان نقصان الكفر فوق نقصان
الانوثة وبالانوثة تتنصف بالاجماع فينبغي ان يكون بالكفر انقص منه فيكون ثلث دية المسلم
ولان الدية تنتقص باعتبار الرق وهو اثر من اثار الكفر فبالكفر اولى ولان عقد الذمة ادون
من الاسلام فينبغي ان لا يوثر في حقن الدم مثل الاسلام ولنا قوله عليه الصلاة والسلام روى عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده انه عليه الصلاة والسلام دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم وفي رواية
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذا قضى ابو بكر وعمر وعثمان رواه ابو هريرة قاله ابن عبد البر
ايضا وهو مذهبه ولانه تعالى قال وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمراد
به ما هو المراد في قتل المومن ودية مسلمة الى اهله كذا في الاسرار والمبسوط ولانه حر معصوم
قال علي انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا الحديث وما روي بخلاف هذا من الصحابة فيكون
معصوما فيكمل ديته كالمسلم لم يذكر في كتب الحديث قال ابن قدامة في المغني واما حديث
عبادة فلم يذكره اصحاب السنن والظاهر انه ليس بصحيح **قوله** فانه ظهر به اي بما روينا عمل الصحابة
كما ذكر الزهري قضى به ابو بكر وعمر وعثمان وكذا كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلما كان زمن معوية جعلها على النصف وعن علي مثل ذلك فقال انما بذلوا الجزية الى اخره وعن ابن
مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وقال ابن قدامة في المغني جوابا عن حديث الشافعي ان قيمة
الدية كانت في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمان مائة دينار وثمان مائة درهم فلذا جعلها
اربعة الاف لانها بعض النصف فكان موافقا لما روينا وهو ان ديته نصف دية المسلم وفيه جمع بين
الاحاديث وقول النبي صلى الله عليه وسلم مقدم على قول عمر وغيره بغير اشكال مع انه روي عنه
خلاف ذلك هذا كلامه قلنا الجمع بين الاحاديث فيما ذكرنا وفيه عمل بالاحتياط وقال ان حديث عمرو
شعيب كما رويناه اخرجه الائمة في كتبهم لا تغيرنا لان الزهري ثقة وقد نقله عن النبي صلى الله عليه وسلم
كما ذكرنا فتكون الاحاديث والاثار متعارضا فيكون الاحتياط فيما قلنا مع ان ما رويناه عن حديث عمرو
ابن شعيب اخرجه ابو داود في مراسيله وسند رجاله ثقات عن ابن المسيب ومراسيله مقبولة
بالاجماع ويويده مرسلين صحيحين وعمل الصحابة رواه الطحاوي وبسنده وقال لا نعلم يروى عن النبي
صلى الله عليه وسلم في دية المجوسي غير هذا الحديث الذي لا يكتبه اهل الحديث لاصلاح مطعم من رواية
عبد الله بن صالح والعجب من الشافعي انه لا يعمل باثر الصحابي فيحتج بقضاء عمر مع ان ما روى ابن المسيب لم
يسمع من عمر ان ما رويناه مثبت وما رواه ناف والمثبت مقدم على النافي واما قوله نقصان الكفر فوق
نقصان الانوثة فمسلم الا ان نقصان الدية فيها باعتبار الرق فغير مسلم بل باعتبار نقصان المالكية ايضا ولا

تاثير للكفر في نقصان المالكية واما اعتبارهم نقصان الدية عن الاسلام فساقط لان الاحراز والتقوم
بالدار عندنا وهما في ذلك سواء اليه اشار في المبسوط والاسرار وديات نساء اهل الكتاب من ديات رجالهم
باجماع اهل العلم وكذا جراحاتهم كالمسلمين

فصل فيما دون النفس

لما ذكر حكم الكل شرع في حكم الجزء **قوله** في النفس الدية اي قتلها سبب لوجوب الدية كما يقال في النكاح
حل وفي الشرا ملك كذا في المبسوط وانما بدا بالنفس تبركا بلفظ النبي صلى الله عليه وسلم وقد ذكرنا
في اول الجنايات لقوله والدية مغلظة على العاقلة المارن قصبة الانف الحاصل ان ما في
الانسان من الاعضاء ان كان واحدا ففيه الدية كاملة وان كان اثنين ففيهما الدية وفي احدهما نصف
الدية وان كان اربعة ففيها الدية وفي احدها ربع الدية وان كان عشرة ففيها الدية وفي احدها
ربع الدية فما فوت جنس المنفعة ففيه الدية لان بفواته يفوت الادمي من وجه ذكره في المبسوط
ولا نعلم فيه خلاف وقد روى الزهري عن محمد بن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كتب وكان في كتابه في الانف اذا اوعب جدعا اي استوعب وفي رواية وفي
الانف اذا اوعب مارنه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي
الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية رواه النسائي وغيره قال
ابن عبد البر كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه الا قليلا **قوله** فوت جنس
المنفعة على الكمال واذا الجمال على الكمال قيد بالكمال فيهما احترازا عما ليس بكامل منها حيث لا يجب
كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كقطع لسان اخرس فانه لا يجب فيه الدية لانه لم يفوت
جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال ذكره في الذخيرة **فان قيل** يشكل على قوله فوت
جمالا على الكمال بما لو سلخ جلد الوجه فانه لا يجب كل الدية وقد فوت جمالا على الكمال **قلنا**
ذكر شيخ الاسلام في شرحه في روايه في هذا وفي قود هذا تجب الدية كاملة **فان قيل**
يشكل بما لو قلع الاظفار حيث لا يجب الدية وقد فوت الجمال على الكمال **قلنا** لا رواية في هذا
وقد اختلف المشايخ فيه قلنا منعه ولا يلزم حلق شعر الصدر لانا نعني جمالا ظاهرا وفي لسان
الاخرس اذا الموهب نطقه ذوقه حكومة عدل عند جميع اهل العلم وعن النخعي يجب فيه كمال
الدية لظاهر الحديث وقلنا المقصود منه الكلام ولا كلام فيه فصار كاليد الشلاء والة الخصي
والعنين والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء **قوله** والارنبة وهي طرف
الانف لما ذكرنا وهو قوله وقد فوت الجمال على الكمال وكذا المنفعة لان المارن لاشمام الروائح
في الانف لتعلوها الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن كذا في المبسوط وفي شرح الاقطع الدليل
على ان ذهاب الجمال يوجب الدية ذكر المبرد في كتاب الكامل انه عليه الصلاة والسلام قال وفي الصعر
الدية قال وهو اعوجاج الوجه ومعلوم ان في اعوجاج الوجه ليس شيء غير تفويت الجمال ولو قطع المارن
مع القصبة فقصبة الانف عظم وهي واحدة القصب من العظام لا يزاد على دية واحدة وبه قال مالك
واحمد وقال الشافعي في المارن الدية وفي القصبة حكومة عدل لان المارن وحده موجب للدية
فوجبت الحكومة في الزايد كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
وفي الانف اذا اوعب جدعا الدية ولانه عضو واحد فلم يجب فيه اكثر من دية ولو قطع انفه فذهب
شمه فعليه ديتان لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية احدهما في الاخر كالسمع مع الاذن ولا نعلم فيه خلافا
قوله وكذا اللسان يعني فيه الدية بلا خلاف لاحد لما ذكر في كتاب عمرو بن حزم ولفوات منفعة
مقصودة وهو النطق وفيه جمال ايضا قال صلى الله عليه وسلم المرء باصغريه قلبه ولسانه

وفي الذكر الدية وفي

ويقال ما الانسان لولا اللسان الا صورة ممثله او بهيمة مهملة ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه
الا بافهام غيره وداما اللسان اذا لادمي يختار من بين ساير الحيوانات بالبيان قال تعالى خلق
الانسان علمه البيان وكذا في قطع بعضه لوفات الكلام لان الديه يجب بتفويت المنفعة لا
بتفويت صورة الالة وقد يحصل بقطع البعض فتجب الديه كامله **قوله** يقسم على عدد الحروف اي
الحروف الثمانيه والعشرين من حروف المعجم وهو قول الايمه الثلاثه وقيل حروف تتعلق باللسان
وهو قول بعض اصحاب الشافعي ووجه عن احمد وما لم يتعلق باللسان الشفويه وهي اربعة الباء
والميم والفاء والواو والحلقيه وهي سته الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين فهذه عشره
بقي ثمانيه عشر فبعدد ذلك يقسم على عدد الحروف والاصل فيه ما نقل ان رجلا قطع طرف لسان
رجل في زمن علي فامره ان يقرا ا ب ت ث وكلما قرا حرفا اسقط من الديه بقدر ذلك وما لم يقرا
اوجب من الديه بحساب ذلك كذا في جامع التمرتاشي والذخيره ولو ذهب بجنايته على الحلق
والشفه بعض الحلقيه والشفويه ينبغي ان يجب بقدره من الثمانيه والعشرين ولو بدل حرفا مكان
حرف فقال لد ربم دلهم فعليه ضمان الحرف لتلفه وما يبدله لا يقوم مقامه **قوله** وكذا
الذكر اي يجب فيه الديه ولا خلاف فيه للعلما لحديث عمرو بن شعيب هو طرف الاعلاق عاده قيد
بالعادة اذ قد يحصل الاعلاق بالسحق ايضا الا انه خلاف العادة فان البكر لو حملت بالسحق تتعسر
عليه الولادة فعلم ان بقطعه يفوت الايلاد **قوله** اذا ذهب بالضرب بان ضربه على راسه
فذهب عقله في معاشه اي في دنياه ومعاده اي اخرته اذ العقل من اعظم ما يختص به الادمي
فبه يدرك الاشيا ويمتاز من البهايم فكان فيه منفعه مقصودة وكذا في غيره ويعرف فوات هذه
المعاني بتصديق الجاني او نكوله اذا استحلف ويعرف فوات البصر بقول العدلين من الاطبا كذا في
المبسوط وفي الذخيره طريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادي فان اجاب لذلك علم ان
سمعه لم يذهب وحكى الناطفي عن القاضي ابي حازم والقدوري عن اسمعيل بن حماد فان رجلا
ضرب على راس امراته فزعمت ان سمعها ذهب فاشتغل اسمعيل بالقضا ثم التفت اليها وهي غافلة
فقال استري عورتك فحملت تجمع ثيابها فعلم انها سامعة وقال ابو يوسف في المنتقى لا يعرف ذهاب
السمع والقول فيه للجاني اما معرفة ذهاب البصر قال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوحة العين
فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه
حيه فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وقال محمد في الاصل ان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى
والانكار والقول للجاني مع يمينه على البتات لان هذا يمين على فعل نفسه وهو ذهاب بصر غيره وفي
شرح الكافي يدخل ارش الامة في الديه لان هذه جنايته واحدة في موضع واحد فاذا وجب في العقل
الديه لم يجب فيها شي اخر **قوله** لما قلنا وهو انه يفوت به منفعة الجمال وبقولنا قال احمد والثوري
سوا كان شعر رجل او امراة او كبيرا او صغيرا ويوجل سنة فان نبت لم يجب الدية وان مات قبل مضي
السنه لا شي فيه وما لا يجب حكومة عدل ذكره التمرتاشي **قوله** وفي حلقه اي في حلق شعر اللحية
بعونته اي تفوت الجمال والاصل فيه قوله عليه الصلاه والسلام ان لله تعالى ملايكه تسبيحهم سبحان
من زين الرجال باللحى والنسا بالقرون وفي رواية بالذوايب ولان نبات اللحيه يخرج عن حد الشهوة
ويامن على نفسه في الاسفار ويعظم في المحافل ويهاب في الحروب فدل ان فيها جمالا ومنفعة الجمال
عند العقلا تزيد على كل المنافع لان منفعه الجاه اعظم من الكل مع ان الحاجب يرد العرق من العين
ويفرقه وهدب العين يرد عنها ويصونها يجري مجرى اجفانها بخلاف شعر الصدر والساق فانه

لاجمال

لا جمال فيهما ولا منفعه **قوله** وفي الاذنين الشاخصين اي المرتفعتين من شخص بالفتح ارتفع فان
فيه تفويت منفعه الجمال مع بقا السماع وجب الديه كامله فكذا في اللحيه **قوله** وعن ابي حنيفه
روى الحسن عن ابي حنيفه انه يجب كمال القيمه لفوات الجمال كما في الحر والصحيح على الظاهر اي على
ظاهر الرواية وبقوله وهو الاصح تحرز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الديه لانه عضو على
حدة **قوله** ففيه حكومة عدل وعند احمد لا تفاوت بين كثيفها وخفيفها في وجوب الدية كما
في ساير الاعضا لا تفترق الحال وقلنا فيه يفوت بعض الجمال ولو حلق نصف لحيته او راسه يجب
نصف الديه وبه قال احمد وقال بعض اصحابنا يجب كمال الدية لفوات الجمال بحلق البعض **قوله** قال
ويستوي فيه الخطا والعمد في هذا اي في شعر الراس واللحية وكذا في شعر الحاجب عند الجمهور و
بعض الناس وهم اصحاب الظاهر يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص لامكان المساواة
وقلنا القصاص عقوبة فلا يجب قياسا لم يثبت بالنص وما ورد نص في الشعور ولا يجوز الاستدلال
بالنصوص الواردة في الجراحات قال تعالى والجروح قصاص لان حلق الشعر ليس في معنى الجراحة اذ لا يحتاج
في ازالته بالجرح والضرب فلا نتوهم فيه السراية كما في الجراح لانه لا روح للشعر ولهذا الايتالم الانسان
بحلقه فلم يكن في معنى ما ورد به النص مع انه روي انه عليه الصلاة والسلام قال لا قصاص في الشعر ثم قيل
صورة الخطا في حلق الشعر ان يظنه مباح الدم ثم تبين انه غير مباح الدم **قوله** في الاذنين الدية
وبه قال احمد وملك في رواية وعن ملك في رواية يجب حكومة عدل لان الشرع لم يرد فيهما بتقدير
ولا يثبت التقدير بالقياس ولنا كتاب عمرو بن حزم وعمر وعلي قضيا فيهما بالدية وما روي عن ابي بكر
انه قضى في الاذن بخمسة عشر بعيرا غير ثابت قاله ابن المنذر **قوله** وفي حلمتي المراة الدية وبه قال
الشافعي واحمد وقال الثوري وملك ان ذهب اللبن وجبت الديه والا يجب حكومة عدل والحلمة راس
الثدي وقال احمد واسحق والشافعي في قول في يدي الرجل الدية وقال الشافعي في ظاهر مذهبه و ملك
وابن المنذر يجب الحكومه كقولنا وجه قول احمد ان ما وجب فيه الدية من عضو يستوي فيه المراة والرجل
كساير الاعضا ولانهما عضوان في البدن منهما الجمال يجب الديه بذهابهما كالاذنين الشاخصين ولنا
ما ذكر في المتن وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية وقال الزهري عشر من الابل **قوله** وفي الاشفار الخ
وفي احدهما ربع الديه للاشفار جمع الشفر وهو منبت الاهداب وهو الاجفان فيكون في الاجفان
الدية وفي احدها ربع الديه عند اكثر اهل العلم وحكي عن ملك في جفن العين وحجابها الاجتهاد
لانه لم يعلم تقدير عن النبي صلى الله عليه وسلم والتقدير لا يثبت قياسا وقلنا انها اعضا فيها جمال
ظاهر ونفع كامل فانها تحفظ العين وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلق عليها تطبقه اذا شا وتفتحه
اذا شا ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الدية كاليدين والتقدير فيها ثبت بالاستدلال لا بالقياس
وعن الشعبي يجب في الاعلى ثلثا ديه العين وفي الاسفل ثلثها لان الاعلى اكثر نفعا وقلنا كل ذي عدد يجب الديه
في جميعه ففي الواحد حصته كاليدين والاصابع وما ذكره يبطل باليمين مع اليسرى ولو قلع العين باجفانها
يجب ديتان لانهما جنسان كاليدين والرجلين **قوله** يحتمل ان مراده اي مراد القدوري الاهداب من
الاشفار مجازا والاهداب جمع الهدب وهو الشعر الذي على الاجفان وهذا الذي ذكره في الكتاب مع
البسيط ماخوذ من مبسوط شيخ الاسلام حيث قال فيه جعل محمد الاشفار اسما للشعر التي تنبت على
حروف العين وتدخطاه اهل اللغة في هذا فقالوا الاشعار منابت الشعور والشعور تسمى اهدابا قالوا
وكانه اخذ من شفير الوادي وهو حافته وسميت منابت الشعور اشفار الاهداب وحدود الاجفان واليه
ذهب العتبي في كلامه ولكن مشايخنا بان الامر كما قالوا بان الاشفار اسم لمنابت الشعور الا انه كنى بالاشفار

عن الاهداب لمجاورتها كما سمى العرب القربة راوية وهو اسم للبعير الذي يستقى عليه الما للمجاورة
والاتصال بينهما ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ذكره في المبسوط يجب في كل شعر
ربع الدية وسوى فيه ان نتف الاهداب وافسد المنبت او قطع الجفون كلها بالاشفار لان بفوات
الجمال يستتم بذلك وكذلك بفوت المنفعة لانه بالاهداب والجفون تنفي الاذى عن العينين وبفوت
ذلك ينقص من البصر واخره العمى فيجب فيها كمال الدية كما في الاجفان وبه قال احمد وقال احمد وقال
الشافعي في الاهداب مفردها تجب حكومة عدل لانها شعر وزيادة في الادمي كما في شعر الراس
واللحية وبه قال ملك ولنا ما قلنا انه يفوت الجمال وفيها منفعة دفع الاذى عن العين الى اخره
قوله ديه واحد الى اخره اي لا يجب في الاشفار دية اخرى لانها تابعة للجفون لما ان قوامها بالجفون
فصار كدية النفس مع الاطراف فمتى وجبت دية النفس لا يجب دية الاطراف كذا في مبسوط شيخ
الاسلام **قوله** والاصابع كلها سوا ولا نعلم فيه خلاف الا رواية عن عمر انه قضى في الابهام بثلاث
عشرة ابل وفي التي تليها باثني عشر وفي الوسطى بعشر وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروي عن
عمر كقول العامة لاطلاق الحديث وهو ما روي عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم قال لكل اصبع عشر
رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وهكذا في كتاب عمرو بن حزم وعن ابن عباس قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه وهذه سوا يعني الابهام والخنصر اخرجه البخاري وابو داود ولانها
اي الاصابع سوا في اصل المنفعة وهو البطش فلا يعتبر الزيادة ولا يشكل فضل الكفارة حيث يفضل
الابهام على سايرها ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين او الرجلين من الكفارة لان بفواتها في فصل الكفارة
يفوت جنس منفعة البطش وههنا يعتبر اصل منفعة البطش وقد مر في الكفارة **قوله** ففي احدها
اي احد المفصلين نصف الدية ولا نعلم فيه خلاف الا ما حكي عن ملك انه قال الابهام ايضا بثلاثة
مفاصل احدها باطنة وليس بصحيح لان الاعتبار بعضو وجوب العشر في الظاهرة ما بطن منها واصابع
اليدين والرجلين سوا بلا خلاف **قوله** والاسنان والاضراس وكان من حقه ان يقال والاضراس
والثنايا سوا بالجمع من النوعين كما ذكر في المبسوط او يقال الاسنان كلها سوا كما جا في الحديث لان السن
اسم جنس والاضراس اسم لغير الثنايا ولا خلاف لاهل العلم في ان دية السن خمس من الابل كما ذكر
في الحديث في المتن وروى ابو داود انه عليه الصلاة والسلم قال في الاسنان خمس خمس وحكي
ابن المسيب عن عمر انه قال في الاضراس بعير بعير قال ابن المسيب لو كنت انا لجعلت في الاضراس
بعيرين بعيرين روى ذلك ملك في الموطا وعن عطا نحوه وفي المبسوط ولسنا ناخذ بذلك لحديث
ولقد روى ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم قال الاصابع سوا والاسنان سوا الثنية والضرس سوا
هذه وهذه ولقوله عليه الصلاة والسلم في حديث ابي داود في الاسنان خمس خمس ولان الكل في اصل
المنفعة وهو المضغ سوا وان كان في بعضها زيادة منفعة لكن في بعضها زيادة جمال والجمال
كالمنفعة في الادمي حتى قيل لو قلع جميع اسنانه يجب ستة عشر الفا وليس في البدن عضو ديته اكثر
من دية النفس سوى الاسنان وعن الشافعي في وجه لو قلع زيادة على عشرين سنا يجب دية كاملة
في العشرين ولا يجب في الزيادة شي وفي الكوسج يجب اربعة عشر الفا لان اسنانه يكون ثمانية وعشرين
حكي ان امراة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق سيل ابو حنيفة رحمه الله عن
ذلك فقال تعد اسنانه ان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج **قوله** ومن ضرب عضوا اي خطا
الى اخره ولا نعلم فيه خلاف **قوله** لان المعلق جنس المنفعة اي الموضع الذي تعلق به وجوب كل
الدية تفويت جنس المنفعة **فان قيل** قد ذكرنا من رواية المبسوط والتمرتاشي ان في قطع

اليد الشلا وفقا العين العورا حكومة عدل وذكر ههنا ان في اذهاب منفعة البدن مع ابقا الصورة
كمال الدية فلم ان الصورة والمعنى كل واحد معتبر موجب شيا بحاله فينبغي ان يجب بقطع اليد الصحيحة
الدية مع الحكومة فالدية لازالة المنفعة والحكومة لازالة الصورة **قلنا** نعم كذلك الا انه دخل
الاقل في الاكثر كما لو شج فذهب العقل دخل ارش الموضحة في الدية ولا يقال في باب الدية المنفعة
المقصودة موجبة للدية والجمال ايضا موجب للدية كما في الاذنين الشاخصتين وحلق اللحية والحاجب
ففي قطع اليدين الصحيحين فات الجمال والمنفعة فينبغي ان يجب ديتين لانا نقول الاعضا التي يكون
منها المقصود المنفعة فمعنى الجمال تابع فيها فباعتباره لا يتكامل الجناية في حق الارش ولما اجتمعا
حصل الجمال تبعا للمنفعة المقصودة عند الاجتماع معها اولى اليه اشار في المبسوط **قوله**
كتفويت جنس المنفعة وهو منفعة النسل ولا نعلم فيه خلاف ولهذا الواحد به وبه قال ملك واحمد
وعطا والحسن والزهري وزيد بن ثابت وقال الشافعي والقاضي الحنبلي ان ذهب منه ان جماعه تجب الدية
لذلك المنفعة لانه عضو لم يذهب منفعته فلم يجب فيه دية كاملة كساير الاعضا ولنا ما روي في كتاب
عمرو بن حزم وفي الصلب الدية وعن ابن المسيب مضت السنة ان في الصلب الدية ولان فيه فوت الجمال
على الكمال وهو استوا القامة قال تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم قالوا المراد به انتصاب القامة
ولو ذهب منيه وجماعه فعند الشافعي في قول واحمد في رواية يجب ديتان لان كل واحد منفردا يوجب
الدية فاذا اجتمعا وجبت ديتان كالسمع والبصر وفي رواية عن احمد دية واحدة وهو قولنا لانهما نفع
عضو واحد فلم يجب اكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه **قوله** لزوالها اي
لزوال الحدوبة بلا اثر ولو بقي بعض اثر الضربة تجب الحكومة بلا خلاف لانه بقي بعض الشين والله اعلم

فصل في الشجاج

وفصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسايل الشجاج
اسما وحكما **قوله** الشجاج عشرة وجه الانحصار ظاهر بحسب تعاقب اثارها كما قيل ان الشجة لا
تخلو اما ان تقطع الجلد ام لا فان لم تقطع فلا يكون شجة ولا كلام فيه وان قطعت فلا تخلو اما ان
يظهر الدم ام لا فان لم يظهر الدم فهي الحارصة وان اظهرت فلا تخلو اما ان يسيل بالدم ام لا فان لم تسل
فهي الدامعة وان سالت فلا تخلو اما ان قطعت بعض اللحم ام لا فان لم تقطع فهي الدامية وان قطعت
فلا تخلو اما ان يكون ذلك البعض اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم ام لا فان لم يكن اكثر اللحم فهي الباضعة
وان كان اكثر فلا تخلو اما ان اظهرت الجلدة الرقيقة الحايلة بين اللحم والعظم ام لا فان لم تظهر فهي
المتلاحمة وان ظهرت فهي السمحاق ثم بعد ذلك ان انحصرت على اظهار العظم ام لا فان انحصرت فلا
تخلو من ان انحصرت على كسر العظم ام لا فان انحصرت عليه فهي الهاشمة وان لم تنحصر فلا تخلو اما ان
انحصرت على نقل العظم وتحويله من غير وصول الى الجلدة التي بين العظم والدماغ ام لا فان انحصرت
فهي المنقلة والا فهي الامة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي
تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها فكان ذلك قتلا لا شجة والكلام في الشجة لا في القتل فعلم ان
حصر الشجاج تعاقب اثارها هكذا قرر في المبسوط ثم الحارصة ماخوذة لغة من حرص القصار الثوب
اي شقه في الدق وهي تقطع الجلد ايضا والدامعة بالعين المهملة ماخوذة من الدمع في العين وسميت
بها لان الدم فيها بقدر الدمع وفي الذخيرة سميت بها لان صاحبها يدمع بسبب ما يجد من الالم والمتلاحمة
في المغرب هي شجة تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلاءم وتتلاصق قال الازهري سميت بذلك
على ما يؤول اليه او على التفاول وفي المبسوط عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة وهذا اختلاف
ثاخذ الكلمة لا في الحكم فذهب محمد الى ان المتلاحمة ماخوذة من قولك التحم الشيان اذا اتصل بالاخر

والمتلاحمة تطهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ما تعمل في
قطع اكثر اللحم هو بعد الباضعة والامة بالمد من امه اى شجه امه وهي التي تصل الى الدماغ وام
الدماغ الجلدة التي تجمع الدماغ كذا في الصحاح **قوله** ففي الموضحة القصاص اذا كان عمدا ولا يعلم
فيه خلاف **قوله** لان فيما فوق الموضحة اى فيما هو اكبر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة
من الهاشمة والمنقلة والامة لا قصاص فيه ولا نعلم فيه خلاف الا ما روى عن ابن الزبير انه قال
في المامومة قصاص وفي المنقلة قصاص وليس بثابت عنه ذلك كذا قال ابن المنذر وروى
ابن ماجه انه صلى الله عليه وسلم قال لا قود في المامومة ولا في المنقلة ولا في الجايفة لانه لا يمكن
اعتبار المساواه **قوله** فيما قبل الموضحة اى دون الموضحة في الاثر كالسمحاق ونحوه وفي الكافي
هذا هو الصحيح لظاهر قوله تعالى والجروح قصاص ويمكن اعتبار المساواه كما ذكر في المتن وهو
قول ملك وروى الحسن عن ابي حنيفة لا قصاص فيما دون الموضحة وبه قال الشافعي واحمد لانه
جراحة لا تنتهي الى عظم فصار كالمامومة فلا يجب القصاص لعدم اعتبار المساواه لان المسبار لا
يسبر به الجرح **قوله** وفيما دون الموضحة حكومة العدل يعني ما دون الموضحة اثرا ولكن
قبل الموضحة ذكرا وهو من الحارصة الى السمحاق ولا يقال هذا مخالف لما ذكر في الاصل قبل
هذا ان فيما قبل الموضحة قصاص ثم المراد بما دون الموضحة قبل الموضحة بعد ذكر اختلاف الحكم
مع اتحاد الموضوع لان هذا الذي ذكر في غير رواية الاصل ولا قصاص في بقية الشجاج وما
قبل الموضحة بقية الشجاج فلما لم يلزم القصاص لا بد له عن حكم وذكر حكمه هاهنا بقوله وفيما دون
الموضحة حكومة عدل ثم عند اكثر الفقهاء والعلماء في الشجاج التي لا توقيف فيها حكومة عدل وبه
قال الشافعي وملك واحمد في الاصح منه وعن احمد في رواية في الدامية بعير وفي الباضعة
بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة ابعرة وفي السمحاق اربعة ابعرة لا هذا يروى عن زيد بن ثابت وعن علي في
السمحاق مثل ذلك وعن علي وعثمان في السمحاق نصف ارش الموضحة والصحيح الاول لانه لم يثبت فيها
مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح فوجب الرجوع الى حكومة العدل وروى عن مكحول انه قال قضى النبي
صلى الله عليه وسلم في الموضحة بخمس من الابل ولم يقض فيما دونه بشي وفي المبسوط روى عن ابرهيم
النخعي وعمر بن عبد العزيز انهما قالا ما دون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش فيها حكومة عدل وما
روى عن زيد وعلي وعمر وعثمان غير مشهور **قوله** وفي الجايفة ثلث الدية وفي الايضاح والذخيرة
والجايفة جراحة تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل
من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك لا يكون جايفة فعلى هذا
ذكر الجايفة في مسايل الشجاج وقع اتفاقا قال ابن عبد البر ان مالكا وابا حنيفة والشافعي واصحابهم
اتفقوا على ان الجايفة لا تكون الا في الجوف وبه قال البتي واحمد وفي الجايفة ثلث الدية عند عامة اهل
العلم من اهل المدينة واهل الكوفة واصحاب الراى الا مكحولا قال فيها في العمد ثلثا الدية ولنا حديث
عمرو بن حزم كما ذكر في المتن **قوله** فان نفذت فهما جايفتان وبه قال الشافعي ومالك واحمد واكثر اهل
العلم قال ابن عبد البر لا اعلمهم يختلفون في ذلك وحكي عن بعض اصحاب الشافعي وعن ابي حنيفة في رواية
انه جايفة واحدة لان الجايفة ما نفذ من ظاهر البدن الى الجوف والنافذة من الباطن الى الظاهر ولنا
ما روى ابن المسيب ان ابا بكر رضه قضى بثلثي الدية ولا مخالف له فيكون اجماعا وروى عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان عمر قضى فيها بارش جايفتين **قوله** وما ذكرناه بدا اى اولا ولا مروى عن ابي
يوسف وهو ظاهر الرواية كما ذكرنا **قوله** يختص بالوجه والراس لغة وبه قال الائمة الثلاثة واكثر

اهل العلم

اهل العلم وعلى ما ذكر في الايضاح يختص بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا **قوله** ورد فيما يختص بهما اى
بالوجه والراس ثم في الموضحة خمس من الابل سوا كان في الوجه او في الراس وبه قال الشافعي واحمد واكثر
اهل العلم وقال ملك اذا كانت على الانف او في اللحي الاسفل ففيها حكومة عدل لانها تبعد عن
الدماغ فاشبهت موضحة ساير البدن وهو معنى قول الشيخ واما اللحيان الى قوله وهو قول
ملك ولان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة فيهما اى في اللحيان ولنا انهما من الوجه لاتصالهما
به الى اخر ما ذكر في المتن اما الذقن من الوجه بلا خلاف وعن ابن المسيب انه قال تضعف موضحة الوجه
على موضحة الراس فيجب في موضحة الوجه عشر من الابل وهو رواية عن احمد لان شينها اكثر وموضحة
الراس يسترها الشعر والعمامة ولنا عموم الاحاديث وقول ابي بكر وعمر الموضحة في الراس والوجه سوا
ولا عبرة لكثرة الشين بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة ولا معنى لقول ملك فان الموضحة في الصدر
اقرب الى القلب والضرر ولا مقدر فيها **قوله** وقد يتحقق فيه اى في اللحي معنى المواجهة ايضا
فيكون من الوجه حقيقة وفي مبسوط شيخ الاسلام والقياس ان يجب غسلهما لانهما من الوجه حقيقة
لكن ترك هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع هاهنا فبقيت العبرة للحقيقة **قوله** وتفسير حكومة
العدل اختلف اصحابنا في تفسير حكومة العدل فقال الطحاوي هو ان يقوم لو كان عبدا بدون
هذا الاثر ويقوم وبه الاثر الى اخره وفي فتاوى قاضي خان وعليه الفتوى وبه اخذ الحلواني وبه
قالت الائمة الثلاثة واهل العلم قال ابن المنذر هو قول كل من يحفظ عنه العلم وقال الكرخي
تفسيره ان ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة الى اخره قال شيخ الاسلام وهو الاصح لحديث
علي فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد وفي المحيط قالوا
ما قاله الطحاوي ضعيف لان جراحات العبد لا تشبه جراحات الحر لان الحر اذا شج موضحة صغيرة او
كبيرة فهما سوا ولو شج في المملوك موضحة صغيرة يجب فيها اقل مما يجب في الكبيرة وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده من مشايخنا من سوى بين الرجل والمراة في الحكومة ومنهم من قال بل تكون على النصف
مما يجب في الرجل وهو الذي ذكره القدوري في تفسير الحكومة وقال بعض المشايخ في تفسيرها ينظر
الى قدر ما يحتاج اليه من النفقة الى ان تبرا هذه الجراحة فيجب هذا على الجاني فان عرف القاضي
مقدار ذلك والا سال من له علم بذلك من الاطبا قالوا هذا الا يفتوى لان الناس مما يتفاوتون في
ذلك فمنهم من يكون ابطا برا ومنهم من يكون اسرع برا فالتقدير بمقدار لا يعرفه كل احد لتفاوت
الناس ومنهم من قال تفسيرها ان ينظر الى ارش ذلك العضو بكماله والى ما نقصته تلك الجراحة
فيجب بقدر ذلك هذا اذا بقي للجراحة اثر فاما اذا لم يبق قال ابو يوسف لا شي على الجاني وقال محمد
يلزمه قدر ما انفق الى ان برا وقال اكثر اهل العلم بقول ابي يوسف

فصل

لما ذكر الجراح الذي يتعلق بالراس شرع في مسايل ما دونه على الترتيب **قوله** في اصابع اليد اي
اليد الواحدة نصف الدية اذ في اصابع اليدين كمال الدية ولا يعلم فيه خلاف على ما روينا وهو قوله
عليه الصلاه والسلم في كل اصبع عشر من الابل في الفصل السابق و **قوله** على ما مر اشارة الى
قوله لان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة **قوله** وهو رواية عن ابي يوسف وبه قال الشافعي
في ظاهر مذهبه والقاضي الحنبلي وعنه اى عن ابي يوسف الى اخره وبه قال احمد وملك وابن ابي
ليلى وبعض اصحاب الشافعي والنخعي وقتاده وعطا لان اسم اليد للجميع الى المنكب لغة وعرفا فلا
يلزمه اكثر من ديتها النبي صلى الله عليه وسلم قد رها بقوله في اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية
الحديث ولان الساعد ليس له مقدر فيكون تبعا لما له ارش مقدر كالكف ولنا ان اليد الة باطشة

يعني ارش اليد باعتبار ازالة البطش والاصل في البطش الاصابع فيكون تبعا لها لها ارش مقدر كالكف
والكف تبع لها اما الساعد فلا تتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين **قوله** ولا
وجه الى اخره يعني لا يخلو اما ان يجعل الساعد تبعا للاصابع او الكف ولا يمكن جعله تبعا للاصابع لان
الكف عضو كامل بينهما والتبع ما يكون متصلا بالاصل ولا يمكن تبعه للكف لان الكف تبع للاصابع
ولا تبع للتبع ولما لم يكن تبعا لهما ولا وجه الى اهداره وليس فيه ارش مقدر فيجب الحكومة كما لو قطعه بعد
قطع الكف ولا حجة له في الحديث لان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد منه من الكوع كما في اية
السرقة **قوله** ففيه اي ففي الاصبع الواحدة عشر الدية والاصبع يذكر ويونث **قوله** ولا وجه
الى الجمع بين الارشين اي ارش الكف وارش الاصبع يعني الجمع بين هذين الارشين ممتنع اتفاقا لان ضمان الاصابع
ضمان الكف وضمان الكف ضمان الاصابع فهما شي واحد كذا ذكره فخر الاسلام في جامعه فرجحنا
بالكثرة يعني لما لم يجز الاهدار وجب الترجيح بالكثرة كما قلنا فيمن شج راس شخص وتناثر بعض شعره
حيث يدخل هناك الاول في الاكثر وله اي لابي حنيفة رحمه الله اصلا اي قوله حقيقة وشرعا يعني
من حيث الحقيقة لقيام البطش بها اي بالاصابع وهو منفعة اليد وشرعا اي من حيث الشرع فان
الاصبع له ارش مقدر شرعا والكف ليس له ارش مقدر شرعا والترجيح من حيث الذات والحكم
اي من حيث الحقيقة والشرع اولى من حيث مقدار الواجب لما ان التقدير الشرعي ثابت بالنص وما
لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالراي والراي لا يعارض النص واما قولهما ان بالكثرة اولى فقلنا انما
يصار الى الترجيح عند المساواة في القوة ولا مساواة بين الراي والنص واما مسئلة الشجة والشعر
فلا يكون تبعا للاخر وفيما نحن فيه الكف كذا ذكره قاضي خان فلما كان لا اعتبار عند ابي حنيفة للنص
للنص وتقدير الشرع لا تفاوت بين ان يكون الباقي اصبع او اكثر ولهذا قال ابو حنيفة اذا لم يبق من
الاصبع الا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له لان ارش
المفصل مقدر شرعا وما بقي شي من الاصل وان قل لا حكم للتبع كما اذا بقي واحد من اصحاب الخطة في
المحلة لا اعتبار للسكان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا كان الباقي دون اصبع يعتبر فيه الاقل والاكثر
كقولهما فيدخل الاقل في الاكثر لان ارش الاصبع منصوص عليه وارش كل مفصل غير منصوص عليه واعتبرناه
بالمنصوص عليه بنوع راي فيعتبر فيه الاقل والاكثر ولكن الاول اصح لما ذكرنا ان ارشه مقدر شرعا
فلا يحتاج فيه الى الراي كذا في المبسوط وفي الايضاح لو قطع الكف ولا اصابع فيها قال ابو يوسف فيها
حكومة عدل لا يبلغ ارش اصبع لان الاصبع الواحدة يتبعها الكف على قول ابي حنيفة فلا يبلغ قيمة التبع
الى قيمة المتبوع **قوله** وفي الاصبع الزايدة حكومة عدل وبه قال الشافعي واحمد والثوري لا نعلم
لهم مخالف وعن زيد بن ثابت قال فيها ثلث دية الاصبع وفي الذخيرة فيها الحكومة سوا كان في العمد
العمد او في الخطا وسوا كان للقاطع اصبع زايدة ام لا اما اذا لم يكن للقاطع اصبع زايدة فظاهر انه
لا وجه لقطع اصبع اخرى لاجلها وكذا اذا كان له اصبع زايدة لا يجري القصاص لتفاوت القيمة اذ الحكومة
تعرف بالقيمة والقيمة بالحزر والظن فلا تثبت المساواة في المالية والمساواة في القيمة شرط جريان
القصاص ولهذا لا يجري في اطراف العبيد **قوله** لكن لا منفعة فيه ولا جمال الى اخره ولا يشكل بما
اذا كان على ذقنه شعرات معدودة حيث لا يجب فيه شي وان كان الشعر جزءا من الادمي ولهذا لا يحل
الانتفاع به ولا بيعه لانه جزء الادمي ولا منفعة فيه ولا زينة وفي الاصبع الزايدة يجب الحكومة لان
بعد ازالة شعرات الذقن لا يبقى اثرها فلا شينة وفي الاصبع الزايدة يبقى اثر القطع فيشينه فيجب بسبب
شينه مع انها جزء الادمي في الحكومة كذا قيل وكذلك السن الشاغية اي في قلعها الحكومة لما قلنا

وهو قوله لانه جزء من الادمي والسن الشاغية هي الزايدة على الاسنان وهي التي تخالف نبتتها نبت
غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامراة شغوى فانها وان كانت زايدة ففيها نقص معنى قال فان
فان الشغى نقص وان كان زايدا وقيل الشغى خروج السن من الشفه وانما قيل للعقاب شغوى لتعقف
في منقارها كذا في المغربين **قوله** وقال الشافعي يجب دية كاملة وبه قال احمد والثوري لعموم
الحديث ولان الاصل هو الصحة فاشبه قطع المارن والاذن من الصبي وقلنا لم يسق الحديث على عمومه
لخروج لسان الاخرس ولان المقصود من هذه الاعضا المنفعة واذا لم يعلم صحتها لم يجب الارش
كاملا بالشك لان السلامة بالدليل وبالظاهر يثبت السلامة والظاهر لا يصلح حجة للالزام وقد به
لان الظاهر يصلح لغير الالزام حتى لو اعتق عبدا صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضا منه تعيينا يخرج عن عهدة
الكفارة لان الغالب هو السلامة فيصلح دافعة لا ملزمة وتقدم في الكفارة ان الرضيع يجزيه وفي ذكر العنين
والخصي حكومة عدل عندنا وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي فيهما دية كاملة وبه قال في ذكر العنين
في رواية واحمد ومالك واكثر اهل العلم وقال مالك واحمد في رواية في ذكر الخصي مثل قولنا وهو قول
الثوري وقتادة واسحق للشافعي عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الذكر الدية ولنا ان المنفعة الاصلية
من هذا العضو الجماع والانزال والاحبال فاذا اعدمت هذه المنفعة صارت كالعين القايمة بلا ضوء
واليد الشلا والرجل الشلا وفرق مالك في رواية بين العنين والخصي وقال لا في العنين غير مايوس من جماعه
بخلاف الخصي ولان الانزال والاحبال منه غير مرجو وقلنا المرجو مشكوك وعدم النفع ثابت بيقين
وبالشك لا تثبت الدية **قوله** دخل ارش الموضحة في الدية وبه قال الشافعي في القديم وقال في
الجديد لا يدخل وبه قال مالك واحمد والحسن وزفر في رواية لاختلاف محل الجناية او محل الموضحة
غير محل العقل فلم يتداخل الارشان كما لو اوضحه وذهب بصره او سمعه وقلنا ذهاب العقل
والحاقه بالبهايم فيكون بمنزلة الموت وما قالوا ان محل احدهما غير محل الاخر ليس كذلك لان العقل لا
موضع له يشار اليه كالروح في الجسد كذا في المبسوط وجامع التمرتاشي وفيه ادعى بعض اهل السنة
قالوا محل العقل القلب وبعضهم محله الراس **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وفي
المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى
كما كان لا يجب شي واذا وجب كمال دية النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره ايضا التعلق
الارشين بسبب واحد وهو الجناية على الراس وبجناية واحدة في محل واحد لا يجب شيان ولانه عليه
الصلاة والسلام اوجب في الموضحة خمسا من الابل والموضحة متى كان في الراس يتناثر الشعر يوجب الارش
كما لا يصاح ولم يوجب النبي صلى الله عليه وسلم بتناثر الشعر شيا لان ارش ما يتناثر في موضع الشجة يكون
اقل من ارش الموضحة فعلم ان الاقل يدخل في الاكثر نصا وهذا اصلا **قوله** وجوابه ما ذكرناه وهو
وهو قوله لان بفوات العقل الى اخره وفي الذخيرة الشجاج كلها اذا برات ولم يبق لها اثر لا يجب شي الا
عند محمد فانه قال يجب مقدار ما انفق الى ان برا ولو شج موضحة فالتامت ونبت الشعر قال ابو حنيفة
رحمه الله ليس عليه شي وقال ابو يوسف عليه الارش كملا وان التامت ولم ينبت الشعر فعليه ارش
بالاتفاق وفي العيون لو التامت ونبت الشعر فالقياس ان لا يجب شي وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد نستحسن ان يجعل عليه حكومة عدل مثل اجرة الطبيب وكذا كل جراحة الشلل فسادا في
اليد من حد علم وفي شرح الطحاوي قطع من اصبع مفصلا واحدا فشل الباقي من الاصبع او الكف لا
يجب القصاص ولكن يجب الدية فيما شل منه ان كان اصبعا فدية الاصبع وان كان كفا فدية الكف
وهذا بالاجماع **قوله** فعليه ارش الموضحة والدية وبه قالت الايمة الثلاثة قالوا اي المشايخ

هذا قول ابي حنيفه وابي يوسف فذكر ابي يوسف ههنا وقع سهوا من الكاتب لانه مخالف لجميع كتب
اصحابنا وينبغي ان يذكر محمدا مكان ابي يوسف كما ذكر في الايضاح والكافي او لا يذكر احدا الا ابا
يوسف ولا محمدا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع والذخيرة والمغني اعلم ان هذا
الذي ذكره فيما اذا كان خطا وان كان عمدا فقد ذكر في الذخيره محيلا الى الجامع الصغير فلا
قصاص في شي من ذلك عند ابي حنيفه ولكن يجب ارش الموضحه ودية السمع والبصر وعندهما
يجب القصاص في الشجه والديه في السمع والبصر وقال احمد وبعض اصحاب الشافعي يجب القصاص في
البصر ايضا لان ضوء العين لا يمكن مباشرته بالجناية واذا جنى على محل سرى منه الى العين تعلق به
القصاص كما اذا سرى الى النفس وفي الحليه وهو المنصوص وقال بعض اصحابه لا يجب القصاص في
ضوء العين كما لو اصبع رجل فشلت كفه لا قصاص في الكف ثم اذا اراد الاقتصاص بموضحه او لا فان
ذهب ضوء عينه استوفى حقه والا فله ان يذهب ضوء عينه باخف ما يكون من حديده يحماه بقربها
الى عينه او بدوا ويضعه فيها بحيث لا تذهب حدقته ولو لم يكن اذهاب ضوءه الا بما يذهب به الحدقه
سقط القصاص حينئذ لانه لا يجوز ان يستوفي اكثر من حقه واجمع اهل العلم انه لا قصاص في ذهاب
بعض البصر لتعذر المساواة كذا في المغني لابن قدامه وقد بينا طريق معرفة ذهاب البصر والسمع
فلا نعيده **قوله** وجه الاول وهو عدم دخول ارش الموضحه ان كلا منهما جنايه فيما دون
النفس واصل بنفسها في المنافع لتعدد حكم الجناية بتعدد اثر الفعل ولم يستتبع واحد من ذلك ما
سواه بخلاف العقل لان منفعته عائد الى كل الاعضاء على ما بينا ان بزوال العقل صار كالبهائم
ويصير كزوال الروح وصار كالموت فيدخل الاطراف في الاكثر وفي الايضاح لا يتضح هذا الفرق قال
الهندواني كنا نعرف هذا الفرق حتى رايت ما ينقض هذا الفرق وهو انه لو قطع يده فذهب عقله
ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف لاحد فلو كان زوال العقل الروح لما اوجب
ارش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل وفي السمع والبصر
على عضوين فلا يدخل **قوله** وجه الثاني وهو رواية ابي يوسف تعتبر بالعقل فيدخل دية الشجه
في دية السمع والكلام والبصر ظاهر فلا يلحق به اي بالعقل فلا يدخل دية الشجه في دية البصر **قوله**
قالوا اي المشايخ معنى ان تجب الديه اي على قول ابي حنيفه في الموضحه والعينين وقالوا اي المشايخ معنى
ان تجب الديه في العينين اي على قولهما وانما كرر لفظ قالوا لان الاول في قول ابي حنيفة والثاني في
قولهما **قوله** لا قصاص في شي من ذلك اي باتفاق اصحابنا وقال الشافعي ومالك واحمد لم يسقط
القود عن الاصبع لانه عمد لانه يمكن اعتبار المساواة فيه ولا يجب القصاص في الباقي في قول من
الشافعي وفي رواية عن احمد **قوله** فاسود ما بقي وكذا لو احضر **قوله** وينبغي ان تجب الديه
في السن كله وبه قال مالك واحمد في روايه والشافعي في قول اهل العلم وفي الفوايد الشاهية
والجامع الحسامية وينبغي ان تجب حكومة العدل في السن كله وهذه روايه مخالفة لرواية الكتاب
وبه قال احمد في روايه والشافعي في قول ان لم يذهب نفعها وهو المختار عند اصحاب الشافعي **قوله**
لهما في الخلافيه وهو ما اذا شج موضحه فذهبت عيناه ان الفعل في محلين يعني الجناية اذا وقعت في
محلين متباينين حقيقة فوجوب المال في احدهما لا يمنع وجود القود في الاخر وهو قول الايمة الثلاثة
ايضا ومتى وقعت على محل واحد واتلفت شيئين احدهما يوجب القود والاخر يوجب المال يجب المال
بلا خلاف من اصحابنا خلافا للايمة الثلاثة فهما يقولان وقعت الجنايه على محلين متباينين اذ بينهما حايل
واخذ حكم فعلين كل واحد منهما مبتدا فلم يتعد الشبهه من احدهما الى الاخر كما لو رمى سهما الى انسان

فنفذ منه الى الاخر يجب القود في الاول والديه في الثاني وكمن قطع اصبعا فاضطربت السكين فاصابت
اصبعا اخرى خطا منه فانه يقتص في الاولى بالاجماع دون الثانية بخلاف السن اذا اسود ما بقي منها
او الاصبع اذا شل ما بقي منها وشلت اليد كلها لاتحاد المحل لان ذلك بمنزلة شي واحد وله اي لابي
حنيفه ان الجراحة الاولى سارية وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان سراية الفعل مع
ابتدا الفعل كشي واحد فان السراية لا تنفصل عن الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال
احدهما بالاخر فاذا لم يكن اخر الفعل موجبا للقود لا يكون اوله ايضا موجبا للقود لانه بالنظر الى
الابتدا ان كان عمدا فبالنظر الى الانتها خطا فصار خطا من وجه دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة
بخلاف المستشهد لان احدهما ليس من سراية الاخر ولا يتصور سراية الفعل من شخص الى شخص وتصور ذلك
في شخص واحد بخلاف السكين اذا اوصل الى اصبع اخرى لان القطع في الاصبع الاخرى ليس من اثر الفعل الا
بل الفعل عليه مقصودا انفرد بحكمه يعني ان القطع في الاصبع الاخرى لا يقصد من الاولى اذ الخطا لا يقصد
من العمد ولا يمكن ان يجعل القطع الثاني تتمة للاول فلا يورث شبهة كذا قاله فخر الاسلام وصاحب الايضاح
وذكر في النهايه وبهذا يعلم ان فيما قاله في الكتاب ليس مقصودا لا ينفرد بحكمه يعني ان القطع في الاصبع الا
انظر وان الصواب فيما ذكره فخر الاسلام وصاحب الايضاح اجيب عن كلامه ما ذكره في الكتاب من
حيث المعنى والتاويل ما قالاه فيكون صحيحا لما قلنا ان الضمير في لانه رجع الى المقطع في اصبع اخرى
قوله وقالا وزفر والصواب من حيث الاعراب ان يقال وقال فيها وزفر لما ان العطف على الضمير
المرفوع المتصل لا يحسن بدون الفاصل وبقولهما قالت الايمة الثلاثه **قوله** قد ذكرناه اي انفا
في مسله ومن شجه فذهب عيناه **قوله** يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر وبه
قال الشافعي في قول احمد في روايه كما ذكرناه فرق محمد على هذه الروايه بين ذهاب البصر من الشجه
وبين ذهاب السمع منها لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على راسه حتى ذهب سمعه لا يجب
القود لتعذر المساواة بخلاف البصر فان ذهابه لو كان بفعل مقصود يجب القود لامكان المساواة
فكذلك في سراية الموضحه **قوله** بخلاف الخلافيه الاخيره وهي قطع اصبع فشلت اخرى الى جنبها ووجه
المشهور اي القول المشهور من محمد ان ذهاب البصر بطريق التسبب فان الفعل الاول بقيت شجة على
على ما كانت حتى يجب ارشها ولا قود في التسبيب عندنا واكثر اهل العلم الا في رواية عن مالك وعن
الشافعي في قول بخلاف السراية فان الشجه تصير قتلا بالسراية ولم تبق شجه **قوله** فتاكلتا اي
صارتا واحده فهو على الروايتين يعني على الروايه المشهورة لا قصاص وعلى رواية ابن سماعه يقتص منهما
وهما موضحتان **قوله** سقط الارش في قول ابي حنيفه وان كان احدها اردها وبه قال احمد والشافعي
في قول وقالا لا يسقط ولم يرد شيا لو احدها ديه قال مالك والشافعي في قول لان الجناية قد وجدت
والعاده عدم العود بخلاف سن الصبي فانها تعرضه النبات ولهذا قيل في سن الصبي حولا دون
البالغ لان الغالب في سن البالغ عدم النبات فان عاد كانت هبة من الله ولابي حنيفه رحمه الله ان الجنايه
انعدمت معنى لانه عاد مكانها مثل التي قلعت فلم يجب شي كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
وفي الحليه والمغني لابن قدامه وضع المسلة فيمن يثغر سنه اي سقطت رواضعه ثم نبتت يقال لمن
سقطت رواضعه ثغر سنه فهو مثغور واذا نبتت قيل اثغر واتغر لغتان كذا في الصحاح وفي النهايه اطلق
الروايه ولم يقيدها بالخطا والعمد وفي الذخيره يدل على ان هذا الحكم في العمد والخطا سواء لان
القصاص يجري في السن الكبير والقلع لانه ذكر فيها وفي المنتقى اذا كسر من سن رجل طائفه منها انتظر
بها حولا فاذا تم الحول ولم يثغر فعليه القصاص يبرد بالمبرد بقدره ولو نبت نصف سنها فعليه

نصف ارشها رواه الحسن عن ابي حنيفه ولو نبت بيضا تامه ثم نزعها اخر ينتظر سنه فان نبت والا
اقتص منه ولا شي على الاول وعن ابي يوسف الى اخره رواه بن ابي ملك عن ابي يوسف انه يجب حكومه عدل
وهو ارش الالم ويقوم وبه هذا الالم ويقوم بلا الم فكم ينقص به فيجب بقدره **قوله** فعلى القالع
الارش بكماله وبه قال الشافعي واحمد في روايه القاضي وقال احمد في روايه لم يجب الدية وعليه الحكومه
لنقصانها قال شيخ الاسلام هذا اذا لم يعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعه والجمال والغالب
ان يعود الى تلك الحالة لان المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق في الغالب ويكون وجود النبات
وعدمه بمنزله فاما لو تصور عود الجمال والمنفعه بالانبات لا يجب على القالع كما لو نبتت السن
المقلوعة كذا في الذخيره وكذا اذا قطع اذنه الى اخره فعندنا على القاطع الارش كاملا وبه قال
الشافعي في قول احمد في روايه وقال الشافعي واحمد في روايه اخرى يجب الحكومه ولا يجب الدية
لقيام نفعها وجمالها بعد الالتحام فان نفعها جمع الصوت ومنع دخول الهوام والماء في صماخه وهذا
باق بعد شللها والتحامها ولنا ما ذكرنا في السن ان الالتحام وعدمها سوا لانها لا تعود الى ما كانت
عليه **قوله** فعلى الاول اي المنزوعة سنه اولا لصاحبه وهو الجاني عليه نصف ديه السن وبه قال
الشافعي في قوله واحمد وفي قول اخر هو هبة مبتداه فلا يجب شي وهو قياس قول ملك وفي جامع
المحبوبي هذا اذا نبتت السن المنزوعة كالاول فان نبتت معوجا يجب حكومه العدل **قوله** يستاني
حولا اي يؤجل الاستيناء الانتظار ويقال استانيت به اي انتظرته ومنه يستاني الجراحات اي ينتظر مالها
واصله من انا يانى اذا اي حان و**قوله** بالاجماع يخالف روايه التتمه فانه ذكر فيها ان سن البالغ
اذا سقط ينتظر حتى يبرا موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل
الا ان قبل البرء لا يقتص ولا يوخذ الارش لانه لا يدري عاقبته وفي الذخيره والمحيط مطلق الاستيناء
قول بعض المشايخ في الصغير والكبير لقوله عليه الصلاه والسلم في الجنايات كلها يستاني حولا وانما
قدر بالحول لانه مشتمل على الفصول الاربعة فلعل فصلا من الفصول الاربعه يوافق طبع المجروح
فيبرا جراحته وتلتام او يخالفه فيموت وفي المجرد عن ابي حنيفة لو نزع سنا ينبغي للقاضي ان ياخذ ضمينا
من النازع ثم يوجله سنة من يوم النزع فاذا مضت ولم تنبت اقتص منه قال هشام لمحمد فيمن ضرب
سن رجل فسقط انتظر بها حولا لعلها تنبت قال لا فقلت واحد من اخوانك ينتظر قال انما ذلك اذا
تحركت **قوله** ولو اختلفا قبل السنه فيما سقط اي اختلفا في سبب السقوط قال الضارب سقطت بغير
غيري وقال المجني عليه بل بضربتك فالقول للمضروب وبه قال الشافعي في الاصح واحمد ليكون التاجيل
مفيدا يعني لو لم يقبل قوله كان التاجيل وعدمه سوا اذ التاجيل لظهور الامر فلو لم يقبل قول
المضروب كان التاجيل وعدمه سوا **قوله** فاختلفا اي قال المشجوج صارت منقله من ضربتك وانكر
الضارب وذكر في المبسوط الاختلاف في اسوداد السن فقال الضارب اسودت من ضربه حدثت وكذبه
المضروب فالقول للمضروب مع يمينه والاصح ان القول للضارب لانه ينكر السبب الموجب للضمان فان
الضربه بنفسها لا توجب الضمان ما لم يكن سواد السن من تلك الضربه فانكاره حدوث السواد بها كانكار
اصل الضرب وبه قال الشافعي في قول **قوله** وعن ابي يوسف انه يجب حكومه عدل وفي بعض النسخ
وعن ابي حنيفه مكان ابي يوسف والاول اصح لانه ذكر في الذخيره وغيرها قول ابي يوسف في هذا
الموضع وسنبين الوجهين وهما وجه قوله لا شي على الضارب ووجه حكومه الالم والموعود فيما بعد بهذا
هو قوله سقط الارش عند ابي حنيفه الى اخره **قوله** يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله
وبه قال ملك واحمد في روايه والشافعي في قول وهو قول ابن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري

والنخعي والثوري والليث وعبد الملك بن مروان وعبد العزيز بن ابي سلمة وعن احمد في روايه ان ذهب
منفعتها من المضغ ونحوه ففيها ديتها والا ففيها حكومة وقال الشافعي في قول وهو المختار عند اصحابه
انه لم يذهب بمنفعتها فلم يكمل ديتها كما لو اصفرت ولنا قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف في
الصحابة فكان اجماعا ولانه اذهب الجمال على الكمال فيجب ديتها كما لو قطع اذن الاصم وانف الاخشم
و**قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا يسود **قوله** وكذا لو احمرا و
اخضر اي لا قصاص بل يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله وقالت الايمة الثلاثة يجب
الحكومه في الاصفرار والاحمرار لانه لم يزل الشين بالكمال وفي الاخضرار كذلك عند الشافعي وملك
واحمد في روايه وعن احمد في روايه يكون كالاسود وقال اشهب المالكي فيما اذا كسر بعضه واسود
الباقي ففيه ثلاثة ارباع ديتها وفي الاصفرار اختلف مشايخنا قال بعضهم يجب كمال الارش كما في الاسوداد
والاحمرار وقال بعضهم يجب الحكومة وبه قالت الايمة الثلاثة لانه لم يفوت جنس السن ولا فوت الجمال
على الكمال لان الصفره قد تكون في لون الاسنان الا ان فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الخضرة والحمرة
والسواد حيث لا يكون في الاسنان بحال فيكون مفوتا للجمال على الكمال فيجب الارش كاملا وفي المبسوط
للسرخسي لو اصفرت روى ابو يوسف عن ابي حنيفه ان فيها الحكومة وذكر هشام عن محمد عن ابي حنيفة
قال لا يجب شي وفي المملوك يجب الحكومه وعند محمد فيها الحكومه وهو قول ابي يوسف لان الجمال على الكمال
في بياض السن وبالصفرة ينقص معنى الجمال ولهذا يجب في المملوك الحكومة فكذا في الحر ولابي حنيفه ان
الصفرة من الوان السن فلا يكون دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل فوته والمطلوب من السن
في الاحرار المنفعه وهي قايمه بالاصفرار وفي المملوك المطلوب الماليه وينتقص الماليه بالصفره وفي
الذخيره اوجب محمد كمال الارش في الاسوداد ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى او من
العوارض التي ترى قالوا ويجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى
ان فات منفعه المضغ بالاسوداد وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال **قوله** وقال ابو يوسف
يجب ارش الالم وهو الحكومة قال الطحاوي عن ابي يوسف انه قال يجب حكومة العدل ثم قال اي اجر العلاج
واجر الطبيب وقد بينا فيه قول الايمة الثلاثة فصار كانه اي الضارب اخذ ذلك القدر من مال المضروب
واعطاه الى الطبيب فيكون مضطرا في الانفاق على الجراحة **قوله** او بشبهته اي بشبهة العقد كما في
الاجارة الفاسدة والمضاربة ولم يوجد العقد ولا شبهه فلا يغرم شيا كما لو لطمه او ولمه ولا يجوز ان يضمن
قدر ما انفق لانه انفق مختارا او كما قال محمد انه مضطر فليس كذلك لان السرايه قد تكون وقد لا تكون
فلا يجب الاضطرار بالوهم كذا في مبسوط بكر **قوله** فجرحه فبرا يقيد بالجرح اذ لو لم يجرحه لا يجب شي
اصلا بلا خلاف ذكره الكساني فهو على الاختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة يسقط الارش ويجب ارش
الالم عند ابي يوسف واجر الطبيب عند محمد **قوله** ثم قتله قبل البرء اي خطا **قوله** وسقط ارش
اليد وبه قالت الايمة الثلاثة وعن بعض اصحاب الشافعي يجب ديه الاطراف المقطوعة وديه النفس لانه
صار بالقطع تاركا للمستقر فصار كما لو قتله بعد البرء وقلنا الجنايه من جنس واحد من حيث انهما خطا فصار
كانه سرى الى النفس والقتل يكون متمما كما مر **قوله** لم يقتص منه حتى يبرا وبه قال ملك واحمد واكثر
اهل العلم قال ابن المنذر كل من يحفظ عنه العلم يرى الانتظار لما ادى ان رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته
فقال يا رسول الله اقدني فقال عليه الصلاة والسلم حتى يبرا فابى وعجل فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولان القصاص من الطرف لا يسقط بالسرايه الى النفس فوجب ان يملك الاقتصاص كما لو برا ولنا
ما روى جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يستقاد من الجارح حتى يبرا المجروح والنهي يقتضي التحريم ولان

المعتبر في الجراحات ما لها فلا يدري في الحال انه قتل ام قطع فينبغي ان ينتظر ليعلم الواجب فيه واما
حديثه فقد رواه الدارقطني باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وفيه ثم جاء اليه فقال يا
رسول الله عرجت فقال صلى الله عليه وسلم نهيتك فعصيتني فابعدك الله وبطل عرجك ثم نهى ان يقتص
من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي تدل على نسخ جواز الاستقاد قبل البرء وما تأوله
رد المختلف على المختلف فيمنع فعلى هذا الاختلاف لو سرى الجرحين جميعا فهو هدر عند ملك واحمد
وعندنا يجب ضمان كل واحد على صاحبه ثم يتقاصان وعند الشافعي ان مات المجني عليه اولا ثم مات
الجاني كان قصاصا فلا يجب شي وكذا لو مات الجاني اولا في احد الوجهين وفي وجه اخر يرد من الجاني هدر
ولولي المجني عليه نصف الدية كذا في المغني لابن قدامة **قوله** بحديث اخر الحديث لا تعقل العواقل
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا غير ان الاول وهو عمد سقط فيه القصاص لشبهة وقال الشافعي يجب
حالة وقال ملك واحمد لان القود سقط شرعا الى بدل لكون ذلك البدل حالا كما في الصلح على مال
وهذا لان الاصل ان ضمان المتلف على المتلف حالا كما في ساير المتلفات وانما اجل في الدية في الخطا
ثبت تخفيفا على الجاني وعلى عاقلته والعامد لا يستحق ذلك التخفيف **قوله** لا سيما الى زيادة وهي المعجل
لان المعجل زايد على المؤجل من حيث الوصف في المالية الا ترى ان في العرف يشتري الشي بالنسية اكثر مما
يشترى بالنقد وايجاب المال حالا ما بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع كذا في المبسوط **قوله**
فالزيادة وهو الزيادة على الدية بالاجماع لا يجوز وصفا اي من حيث الوصف اذ المعجل زايد من
حيث الوصف لان الوصف تبع للعدد **قوله** لما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا اعترافا
قوله وقال الشافعي عمده اي عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتوه عمد وهذا احد قوليه
وقال في قول كقولنا وقال ملك واحمد كقولنا ايضا لانه عمد حقيقة لان العمد لغة ضد القصد
ممن يتحقق منه الخطا يتحقق منه القصد وقصده معتبر شرعا في الجملة ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير
انما يكون على فعل صدر عمدا الا خطا الا انه لا يبتنى على هذا القصد حكم القود لقصوره في القصد
والصبي ليس من اهل العقوبة شرعا لانها مبنية على الخطاب والخطاب عنه موضوع وهو من
اهل الحكم الاخر وهو وجوب الضمان في ماله كما في غرامات الاموال فلزمه ذلك بمنزلة السرقة
فانه لا يقطع لانه ليس من اهله لانه عقوبة ويجب ضمانه لانه اهل لذلك ولهذا يجب الكفارة حقا اي لا
ولا يجب الصوم بالاجماع **قوله** على اصله اي على اصل الشافعي

فصل في الجنين

لما فرغ من احكام الادميين من كل وجه شرع في بيان احكام الادميين من وجه وهو الجنين والجنين
بمعنى المجنون اي المستور ولما كانت حجتنا في النظر ليست له ذمة صالحة لكونه جزء الادمي ولكونه
منفردا اما لحياة معدا لكون له نفسا له ذمة صالحة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق
له لا عليه غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة كذا في المغرب وفي مبسوط
شيخ الاسلام سمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لانه اول مقدار ظهر في
باب الدية وغرة البيع اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لان اول شي يظهر فيه الوجه
قوله والقياس ان لا يجب وفي الذخيرة وهو قول زفر وفي المبسوط القياس فيه احد شيئين اما
ان لا يجب فيه شي لانه لم يعرف حياته وفعل القتل يتحقق في الحي والضمان بالشك لا يتحقق ولا يقال
الظاهر انه حي لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق او يجب كمال الدية لان الضارب منع حدوث صفة
الحرية فيه فيكون كالمغرور للروح كالولد المغرور فانه حر بالقيمة لما انه منع صفة الرق فيه ولكن ترك
القياس بالاثر وفي جامع المحبوبي سال رجل زفر عن هذا فقال فيه غرة عبد او امة فقال الرجل لا يخلو

اما ان يكون الجنين حيا نفخ فيه الروح او لا فان كان فقد قتل بضربه فيجب دية كاملة وان لم ينفخ فلم يجب
بضربه شي فسكت زفر فقال له السايل اعتقك ساترك فجاز زفر الى ابي يوسف فساله فاجابه ابو
يوسف بمثل جوابه فحاجه بمثل ما حاجه السايل فقال ابو يوسف التعبد اي ثابت شرعا على خلاف
القياس فانه روي انه عليه الصلاة والسلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسماية ففيه دليل
على ان الدية مقدرة بعشرة الاف لان بدل الجنين بالاتفاق نصف عشر الدية وقد قدر بالخمسماية
وفيه ايضا دليل على ان الحيوان لا يثبت في الذمة لانه لما قال عبد او امة وهو خمسماية علم انه يجب باعتبار
صفة المالية لا مطلقا كذا في المبسوط **قوله** عبد او امة بالرفع لانه صفة الغرة وتفسيرها
ويروى بالاضافة والاول احسن ولا خلاف لاهل العلم في جنين الحرة المسلمة غرة لما روى المغيرة
انه عليه الصلاة والسلام قضى بغرة عبد او امة رواه حين استشار عمر في املاص المراة قال عمر لتاتين بمن
يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة وحديث ابي هريرة فمن اقتتلت امراتان من هذيل والاحاديث متفق
عليه في هذا الباب **قوله** وهو اي الحديث حجة على من قدرها اي الغرة ستماية درهم او خمسين
دينارا **فان قيل** انه عليه الصلاة والسلام قال الغرة قيمتها نصف عشر الدية خمس من الابل
وبه قال اكثر اهل العلم وروي ذلك عن عمر وزيد ومن ذلك لا يلزم ان عشر الدية خمسماية درهم حتى
يكون حجة على الشافعي وملك واحمد ومن تبعهم **قلنا** ما قلنا منقول بنقل العدول فلا بد من
قبوله فيكون حجة **او قلنا** يكون حجة على بعد ثبوته وهي اي دية الجنين على العاقلة وبه
قال الشافعي وقال احمد تحمل العاقلة دية الجنين اذا مات مع امه اذا كانت الجناية عليها خطا
او شبه عمد وقال ملك في ماله وبه قال احمد اذا كان قتل بقوله اذا كانت خمسماية درهم تحترز
عن جنين الامة اذا كانت لا يبلغ خمسماية درهم ولكن هذا لا يصح لان ما وجب في جنين الامة في مال
الضارب ذكره في الايضاح والذخيرة وغيرهما مثل الام عمدا او مات الجنين وحده لانه بدل الجزء
اي جزء الام فان الجنين عضو من وجه حتى لا يصلى عليه ولا يرث ولا يسمى ونفس من وجه حتى انقضت
العدة به ويصير امه ام ولد فمن حيث انه عضو لا يجب على العاقلة لانه دون ثلث الدية لان ما
دون ثلث الدية لا تتحمله العاقلة ولهذا قال ليث بن سعد تلميذ ملك ان دية الجنين لانها بدل عضو
قوله حين قال دوه اي ادوه امر من الودي اول الحديث روى عن حمل بن ملك بن نابغة
الهذلي قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط فسطح خيمة فالقت جنينا ميتا
فاختصم اولياوها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم لاولياء الضاربة دوه
فقال اخوها عمر بن عويمر الاسلمي اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله بطل فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وارا جيز العرب فيه غرة
تدوه كذا في المبسوط **قوله** موروثا بين ورثته اي باجماع الايمة الاربعة وفي الكافي قال الشافعي
لامه وهذا قول ليث ذكر في كتبهم **قوله** واقل اكثر من نصف العشر بدون الواو وهو الصحيح
من النسخ واكثر بدل من اقل يعني اذا كان ذلك الاقل اكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ او اقل او اكثر
وفي بعضها او اكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بد لا حينيد **قوله** خلاف اجزا الدية فان كل جزء منها يجب
في ثلاث سنين **قوله** ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة الذكر والانثى لاطلاق ما رويناه وهو
قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبد او امة وبه قال الشافعي واحمد وعامة اهل العلم ولان
في الجنين اي في الذكر والانثى الجنين انما ظهر التفاوت في الدية فان كانت دية الذكر ضعف دية
الانثى لتفاوت معاني الادمية وهو المالكية فالذكر مالك للمال والنكاح والانثى مالك المال فقط

وهذا المعنى يعدم في الجنين لتعذر التمييز بين الذكر والانثى خصوصا قبل ان يتم خلقه فان وجوب
البدل لا يختص بما بعد تمام الخلقة كذا في المبسوط والايضاح **قوله** ففيه دية كاملة قال
ابن المنذر ولا خلاف لاهل العلم فيه ولكن اختلفوا في هذه المسئلة في ثلاثة فصول احدها انه يثبت حياته
بكل امارة يدل على حياته من الاستهلال والارتضاع او التنفس او العطاس او غيره وهو قولنا وقول
الشافعي واحمد في نصه وقال ملك واحمد في رواية والزهري وقتادة واسحق وابن عباس والحسن
ابن علي وجابر وعمر في رواية عنه لا يثبت له حكم الحياة الا بالاستهلال وهو الصياح لانه عليه الصلاة
والسلم قال اذا استهل ورث وورث غيره وانه لا يرث اذا لم يستهل والاستهلال الصياح لانه
عليه الصلاة والسلم قال ما من مولود يولد الا مسه الشيطان فيستهل صارخا الا مريم وابنها فلا
يجوز غير ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم وسمى الصياح استهلالا باعتبار عادة الناس فانهم اذا راوا
الهلال صاحوا واراه بعضهم بعضا ولنا كل ما علمت حياته اشبه المستهل والخبر يدل بمعناه ودلالته
وتنبيهه على ثبوت الحكم في ساير الصور لان شرب اللبن والعطاس والتنفس يدل على حياته كالصياح اما
لو تحرك عضو منه لا يدل على حياته لانها قد تكون من الاختلاج او من الخروج من مضيق وثانيها قال
احمد والمزني لو كان سقوطه لستة اشهر فصاعدا تجب الدية لان العلم بحياته فيما دون ذلك لا يتصور
بقاوه فلم يجب دية كاملة كما لو القته ميتا كحياة المذبوح وعندنا والشافعي علم حياته وقد تلفت
حياته فيجب الدية كاملة وثالثها انما يجب ديته اذا علم موته بسبب الضربة بسقوطه في الحال وبقا
متالما الى ان يموت او بقائه متالما الى ان سقطه **قوله** ولا شيء في الجنين وبه قال ملك وقال
الشافعي يجب الغرة في الجنين مع دية الام وبه قال احمد لان الظاهر موته بالضرب والحكم يضاف
الى السبب الظاهر فيكون متلفا نفسين فيلزمه بدل كل واحد منهما ولا فرق بين ان ينفصل منها وهي حية
او ميتة ولنا ان موت الام احد سببين موته اي موت الجنين والسبب الاخر الضرب فيمكن الاشتباه
في سبب هلاكه حين الانفصال فلا يجب الضمان بالشك ولا يقال الشك ثابت في الجنين الذي انفصل من
الحي بالضرب مع انه تجب الغرة لانه يمكن ان لم ينفخ فيه الروح وبعد وجوب الغرة لا يتوقف الى تمام
الخلقة ذكر في المبسوط فحينئذ لم يعتبر زوال حياته بسبب الضرب وَوُجوب الغرة لانا نقول نعم كذلك
الا ان الغرة في الجنين تثبت بالنص بخلاف القياس فيما اذا امكن الشبهة من وجه واحد وان لم ينفخ فيه
الروح فلا يكون النص الوارد في ايجاب الغرة فيما اذا امكن الشك في وجه واحد وارادا بايجابها فيما
اذا امكن الشك في وجوب الضمان بوجوه كذا قيل وفي المبسوط والذخيرة هذا الذي ذكره ان قتل
الام لا يكون قتلا للجنين حتى لم يجب فيه غرة الجنين على اصل ابي حنيفة ظاهر لانه لا يجعل ذكاة الام
ذكاة الجنين فلذلك لم يجعل قتل الام قتلا للجنين والشافعي يجعل ذكاة الام ذكاة للجنين فلذلك
يجعل قتل الام قتلا للجنين وعند ابي يوسف ومحمد القياس ما قاله ابو حنيفة لكنه ترك ذلك في حكم
الذكاة بالسنة ولان الذكاة مبنى على التوسع فبقي القياس معتبرا في حكم القتل فلا يكون قتل الام قتلا
للجنين **قوله** وما يجب في الجنين موروث عنه خلاف ليث واتفاق اكثر اهل العلم **قوله** وفي جنين الامة
اي اذا كانت حاملا من زوجها لا من مولاها ليكون الجنين رقيقا ولا من مغرور لانه لو كان الحمل من مولاها
او من المغرور يجب الغرة ذكرا كان او انثى كذا ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه **قوله** اذا كان
ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا الى اخره بيانه انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته
لو كان حيا ينظر كم قيمته هذا المكان فاذا ظهر فبعد هذا ان كان ذكرا يوجب عشر قيمته وان كان انثى
يوجب عشر قيمته فلو لم يعلم ذكورة الجنين ولا انوثته يوخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل كمن قتل عبدا خطا

والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن كذا ههنا ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيئته
لو كان حيا ووقع التنازع في قيمته كان القول للضارب لانه منكر للزيادة كما لو قتل عبدا خطا ووقع في
قيمته التنازع وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهيئته لو كان حيا كان القول للقاتل مع اليمين كذا
هنا الكل من الذخيرة **قوله** وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام وبه قال ملك واحمد وابن المنذر
وهو قول الحسن والنخعي والزهري وقتادة واسحق لانه جنين مات بالجناية في بطن الام فلم يختلف
ضمانه بالذكورة والانوثة كجنين الحرة لاطلاق النصوص وفي المبسوط لم يستقر مذهب الشافعي على
شيء في الجنين فانه يجعله في حكم الكفارة كالنفوس وههنا كالجزء لامه حتى الواجب فيه
لا نفسه ثم يعتبر قيمة امه يوم الجناية وهو منصوص الشافعي وقول ملك واحمد وعن بعض اصحاب
الشافعي يعتبر قيمته يوم اسقطت لان الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ووجه منصوصه ان قيمتها
تتغير بالجناية وينقص الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما
لو جرح عبدا ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فان الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولنا انه بدل
نفس يعني الضمان يجب من حيث كونه اصلا لا من حيث كونه جزءا لما ان بدل الجزء لا يجب بدون ظهور نقصان
في الاصل حتى لو قلع سنا ثم نبت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا يجب بدل الجنين وان لم يكن في الام
نقصان دل ان وجوبه باعتبار النفسية كذا المبسوط **قوله** ولا معتبر به اي بظهور نقصان في الام
لما ذكرنا ان بدل الجنين يجب بدون ظهور النقصان في الام وكان اي ضمان الجنين بدل نفسه فيقدر بها
اي بقيمة الجنين لانها بدل النفس والاصل في النفوس نفوس الاحرار ففي نفس الحر في الجنين نصف عشر دية
الذكر وعشر دية الانثى يجب ان يكون في الامة كذلك لما ان القيمة في الرقيق قايمة مقام دية الحر فان
قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كانت انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان
ذكرا وفي الديات تفضيل الذكر على الانثى لا الانثى على الذكر فكان فيه مخالفة الاصول **قلنا**
هذا تسوية في الحقيقة فالتسوية جايزة هنا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على
النصف من دية الذكر فصار العشر من هذا نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت
الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنة لانه لا مالكية في الجنين وانما يجب ضمان
الجنين باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو تساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا لما بعد
الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور **قوله** وقال ابو يوسف الى اخره اعلم ان
وجوب بدل جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول ابي يوسف وعن ابي يوسف انه لا
يجب في جنين الامة شيء وانما يجب نقصان الام ان تمكن فيها نقصان وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين
البهيمة فان النقصان يجب بلا خلاف لاحد ولهذا قال زفر وبعض الظاهرية وهذا بناء على اختلافهم
في ضمان الجناية على المماليك فعند ابي يوسف هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب ما بلغ ما بلغ وعندهما هو
بدل عن النفس ولهذا لا يزاد على مقدار الدية كما يذكر بعد كذا في المبسوط **قوله** فان ضربه اي
بطن الامة وفي بعض النسخ فان ضربت وهو ظاهر **قوله** ولا يجب الدية اي دية الحر وفي جامع فخر
الاسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله يجب قيمته حيا اي الدية وهو قياس قول الايمة الثلاثة و**قوله**
ولا يجب الدية ليس من لفظ الجامع الصغير لان الضرب وقع بالام فلم يعتبر جنايته في حق الدية الا بعد
ان ينفصل حيا ولذلك لم يسقط سرايته بخلاف من جرح عبدا ثم اعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد
منه حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت من الجاني لكنها لم يعتبر في حق الحبس مقصودا الا بعد الانفصال
فاشبه الرمي الذي تم من الرامي ولم يعتبر في حق المرمي الا بعد الاصابة فاذا وجد العتق تم تمام العلة

عند ابي حنيفة وابي يوسف وجب ضمان القيمة فكذا ههنا وان كان هذا بالاتفاق صار حجة لهما على محمد **قوله** فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا لحالة التلف ولا يقال ان هذا اعتبار لحالة الضرب فحسب لان الواجب في تلك الحال قيمته حيا ايضا لانا نقول جاز ان يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب الغرة **قوله** قيمته ما بين كونه مضروبا الى اخره قيل هذا في قول محمد مثل هذا في مسئلة الرمي والجرح في باب اعتبار حالة القتل لان الاعتاق قاطع السراية يعني لو جرح عبدا ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة سقط السراية ولا يلزم الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان بالجراحة لما ذكرنا ان الجرح حالة القتل **قوله** على ما يأتيك من بعد اي في باب جناية المملوك في مسئلة من قطع يد عبد ثم اعتقه المولى ثم لم يذكر في الكتاب ان قيمته للمولى او لورثته يجوز ان يقال موروثا لان المولى لما اعتقه فقد ابطل حقه وصار في الميراث حكمه حكم الاحرار وهو قياس قول الائمة الثلاثة ويجوز ان يقال القيمة للمولى لانه لما وجب على القاتل قيمته صار كانه قتل مملوكه لان وجوب الضمان استند الى الضرب ووقت الضرب كان مملوكا و**قوله** وقال الشافعي يجب لانه من وجه وقد قال تعالى ومن قتل مومنا خطأ الاية وهذا الجنين نفس من وجه فان كان من المومنين او كان من قوم بيننا وبينهم ميثاق يجب الكفارة مع الغرة وبقوله قال ملك واحمد واكثر اهل العلم ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة والشرع قدرناها جانبا في النفوس المطلقة اي الكاملة وهو جزء من وجه ولهذا لو القاه قبل دخول الروح اذا كان فيه شي من خلق الادمي يجب الغرة بلا خلاف وعند الخصم لو القاه مضغة وشهد القوابل انه مبدا خلق ولو بقي لتصور يجب الغرة عند ملك واحمد والشافعي في قول فعلم انه ليس بنفس مطلقة فليس مورد النص ولا في معناه من كل وجه فلا يجوز الحاقه دلالة ولا يتعدى اليه بالقياس لانها تخالف القياس لان القياس لا يجري في العقوبات ولهذا لم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم الكفارة في حديث الغرة والموضع موضع البيان فكيف يسكت عن ذكرها وفي الذخيرة القياس يقتضي عدم وجوب الضمان وعدم وجوب الكفارة لانه بمنزلة العضو لكنا تركنا القياس في الضمان بالاثر ولا اثر في الكفارة فيبقي على اصل القياس والمعنى انه اذا انفصل ميتا اعتبرها في حق غيره من العباد في حق بعض الاحكام حتى يصير الجارية ام ولد وتصير المراة نفساء وتحل للمعتدة الازواج وفي حق نفسه اعتبر عضوا للام حتى لا يقام عليه صلاة الجنازة التي هي حق الله تعالى ولا يسمى ولا يرث والكفارة حق الله فيعتبر الجنين فيها بمنزلة العضو والكفارة لا تجب باتلاف عضو بخلاف ما لو خرج حيا ثم مات لانه حي من كل وجه ولهذا يسمى ويصلى عليه وفي المبسوط الجنين عضو من وجه واعتبار الجزئية لا يمنع وجوب الضمان ويمنع وجوب الكفارة وفي الذخيرة ناقلا عن فتاوى ابي الليث والزيادات شربت الحامل دواء او حملت حملا ثقيلا او وضعت في بطنها شيا حتى القت جنينا ميتا فعلى عاقلتها الغرة حسابه في سنة ان فعلت متعمدة بغير اذن الزوج وان فعلت باذنه فلا ضمان وعند الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم يجب الغرة على عاقلتها بالاذن وبغير الاذن ويجب الكفارة ايضا كما في غيره وان لم يكن لها عاقلة يجب الغرة في مالها في سنة وفي الذخيرة اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها او شربت دواء او عالجت فرجها متعمدة فسقط الجنين ميتا ثم استحقت وقضي للمستحق بالجارية وعقرها على المشتري ويقال للمستحق امتك قتلت ولدها وانه ولد هذا المشتري لانه ولد المغرور وحر بالقيمة فالجنين مضمون بالغرة فادفع امتك او افدها بغرة الجنين الحر ولا يعلم فيه خلاف وانما شرط محمد التعمد في فعل الجارية لانها ليست بمباشرة الاتلاف بل هي متسببة الى قتله والتسبب انما يوجب الضمان اذا كان بوصف التعدي وبالتعمد لاسقاط الولد يكون متعدية وعلى هذا الحرة **قوله** استبان

بعض خلقه حتى لو لم يستبن شي من خلقه لا يكون بمنزلة الولد بل هو ان كان علقة فلا حكم لها في حق هذه الاحكام ولا يعلم فيه خلاف اما لو القت مضغة ولم يبن فيه شي من خلقه فشهدت ثقات من القوابل انه مبدا خلق ادمي ولو بقي لتصور فلا غرة فيه وبه قال الشافعي في الاصح واحمد في رواية لانه كالعلقة والنطفة وعندنا فيه الحكومة وقال الشافعي في قول واحمد في رواية فيه الغرة وهو قول ملك لانه مبدا خلق ادمي فاشبه ما لو تصور

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام المباشرة شرع في بيان احكام القتل بطريق التسبيب والضرب على بطن المراة مباشرة في قتل الجنين وقدم المباشرة لانه قتل بلا واسطة والتسبيب بالواسطة او لان القتل بالمباشرة اكثر وقوعا فكان الناس احوج الى معرفة احكامه ~~وفي~~ المغرب الكنيف المستراح والحصن دخيل اي ليس بعربي اصلي وقد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ما تركب في الحايط وعن الامام البزدوي جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة اي من شقها لا من صميمها وقيل المراد من العرض ههنا احد الناس بمنزلة اي اضعفهم وارذلهم **قوله** فكان لكل اي بعض الناس حق النقض سواء كان فيه ضرر او لا اذا وضع بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون للعامة للامام وله ولاية المنع قبل الوضع ايضا وقال ابو يوسف لكل احد المنع قبل الوضع لانه يريد ان يجعلها لنفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا وعند محمد ليس له ان يمنع ابتدا ولا ان يخاصم بالرفع بعد الوضع اذا لم يكن فيه ضرر وبه قال الشافعي وملك واحمد والنخعي والاوزاعي واسحق وفيما يضر لا يجوز بالاجماع اذن الامام او لا واختلف فيما لا يضر قيل ان كان شارعا يمر فيه الجيوش والاحمال فيكون بحيث اذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال الاكثر لا يقدر بذلك بل يكون لا يضر بالمارات والمحال وجه قول محمد ان ما دون في احداثه شرعا فصار كما لو اذن الامام وقال الصفار انما يلتفت الى قوله عند ابي حنيفة اذا لم يكن له مثل ذلك من الحصن فان كان لا يلتفت الى خصومته لانه متعنت لا محتسب حين لم يبدا بنفسه كذا في المبسوط وفيه لا يقضى عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان والمحجورين لان خصومة المحجور لا يعتبر في حق ماله فكذا في حق غيره وينقض بمخاصمة الذمي لان له حقا في الطريق وهذا اذا ابنى على طريق العامة بنا لنفسه فان بنى شيا للعامة كالمسجد ونحوه لا يضر بالمسلمين لا ينقض كذا روي عن محمد وكذا لو قعد للبيع والشرا والطريق واسع لا يضر بالمسلمين لا يمنع وان كان يضر يمنع واما الضمان فالذي اخرجه ضامن لما تلف به لانه متعد في التسبيب الى الاتلاف من حيث انه شغل بما صنع في طريق المسلمين ويضمن كما لو حفر بيرا على قارعة الطريق لكن المتلف ان كان ادميا فالضمان على عاقلته حتى لو جرح انسانا وبلغ ارشه ارش الموضحة يجب ارشه على العاقلة واذا كان دونه يجب في ماله وضمان المال في ماله كذا في جامع المحبوبي ولا يعلم فيه خلاف **قوله** لا ضرر فيه اي في المرور فيلحق ما في معناه به اي يلحق ما في معنى المرور وهو المعمول لانه لا ضرر فيه اذا المانع اي من الانتفاع المتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولغيره **قوله** لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا يضر الرجل اخاه ابتدا ولا جزا لان الضرر بمعنى الضر وهو من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك كذا في المغرب والضرر في الجزا هو ان يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره الدرب الباب الواسع على السكة والمراد في قوله زقاق او درب غير نافذ السكة الواسعة نفسها كذا في المغرب لانها مملوكة لهم اي الغالب انها مملوكة لهم وفي جامع الكسائي الا ان باذن جميع اهل الدرب لانها مملوكة لهم هذا هو الغالب وفي جامع فخر الاسلام المراد بغير النافذ المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة

لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل دليل على خلافه ثم لا خلاف للائمة
الثلاثه ان في الدرب الغير نافذ لا يجوز الا باذن اهله اذا لم يكن له في الدرب باب اما لو كان له في
الدرب باب فقد اختلف اصحاب الشافعي فمنهم من منعه ايضا وقال بعضهم يجوز له اخراج الجناح والساباط
لان له في الدرب استطراقا فاملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ واما ما ذكر في المتن الروشن هو الممر
على العلو وهو مثل الرف وقيل الروشن هو ان يضع الخشبة على جدار في السطح ليتمكن من المرور ولانه
مسبب متعد لتلفه وفي بعض النسخ فيه مسبب لتلفه متعد بشغل هوا الطريق وهذا اي التسبيب
بطريق التعدي من اسباب الضمان ولا خلاف لاحد فيه وهو الاصل اي التعدي اصل في باب الضمان
قوله بما ذكرنا في اول الباب وهو الكنيف والميزاب والجرصن وبه قال مالك واحمد وقال
اصحاب الشافعي ان وقع خشبة ليست مركبة على حايطه يجب الضمان ولو كانت مركبة على حايطه
وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان وقلنا انه تلف
بما اخرجه بطريق التعدي فيضمنه كما لو بنى حايطا مايلا الى الطريق فاتلف او اقام خشبة في
ملكه مايله الى الطريق **قوله** وكذا اذا تعثر انسان بنقضه اي عطب وفي بعض النسخ وكذا
اذا عطب انسان بنقضه ولا نعلم فيه خلافا لانه اي المخرج يصير كالدافع له بيده لان النقض يصير
اليه الدفع ولا نعلم فيه خلافا ايضا ولو تعثر بالنقض انسان فعطب به اخر فالضمان على الذي نحاه وخرج
المخرج من الضمان لان حكم فعله قد انفسخ بفراغ الموضع الذي شغله بما احدث فيه وانما اشتغل بفعل
الثاني في موضع اخر فهو كالمحدث لذلك وفي الذخيره بحالا الى المستقى ضرب انسانا فسقط على
الطريق ميتا يضمنه ولو عثر انسان بالميت فان كان حين ضربه سقط ميتا او حيا ولم يستطع ان يبرح
من مكانه حتى مات فديته على عاقلة الضارب وان كان بعد ان يقوم من مكانه فلم يقم حتى
مات مكانه حتى به المقتول ولو ان رجلا مر في الطريق وسقط ميتا من غير جنايه فعطب به انسان
لم يضمن لا الميت ولا عاقلته من عطب به **قوله** وان سقط الميزاب فعندنا مسئله الميزاب على
اربعة اوجه بالقسمة العقليه فاما ان علم انه اصابه الطرف الداخل في الحايط او الخارج منه او
الطرفان جميعا او لم يعلم اي طرف اصابه فان اصابه الداخل فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في
ملكه وان اصابه الخارج فعليه الضمان وقال الشافعي في الجديد يضمن في جميع الصور نصف الدية وان انقصف
الميزاب فسقط منه ما خرج عن الحايط يضمن جميع الدية لان كله في غير ملكه وعند احمد يضمن جميع الدية
في جميع الصور وقال الشافعي في القديم ومالك لا ضمان عليه في جميع الصور لانه غير متعد في اخراجه فلم يضمن
ما تلف كما لو اخرجه في ملكه ولو اصابه الطرفان ولم يعلم اي طرف اصابه فعليه النصف وهدر النصف وبه
قال الشافعي وقال احمد عليه كل الضمان لانه اتلفه بما اخرجه الى هوا الطريق وهو متعد فيه **قوله** ولا
كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث خلافا للائمة الثلاثه فان القتل بالسبب يوجب الكفاره وحرمان الميراث
عندهم وقد مر الخلاف مع دلايله في اول كتاب الجنايات **قوله** ليس بقاتل حقيقة اذ لو كان قاتلا لاثم
فيه ملكه وغير ملكه ووجوب الكفارة وحرمان الميراث يختص بالقتل بالنص ووجوب الضمان باعتبار
سببيته على الهلاك بطريق التعدي صيانة لدم المتلف عن الهدر ووجوب الكفاره وحرمان الميراث
جزا الفعل القتل ولم يوجد ولا يمكن ان يجعله قاتلا عند الاصابة فلعل المحدث يكون ميتا عند الاصابة
فكيف يكون الميت قاتلا الا ترى ان حرمان الميراث باعتبار توهم القصد الى استعجال الميراث وذلك في
العمد لا يشكل وكذا في الخطا لاحتمال ان يكون اظهر الخطا من نفسه وهو قاصد الى ذلك وهذا لا يتحقق
في التسبيب ولهذا بقتل الصبي والمجنون لا يجب وجوب الكفاره ولا حرمان الميراث لا جزا قتل محظور

ونعلما

ونعلما لا يوصف بذلك والجزا شرعا مبني على الخطاب كذا في المبسوط **قوله** كما اذا جرحه سبع وانسان
او جرح هو نفسه وانسان اخر او جرحه عبده وانسان اخر يضمن الاخر النصف وعلى هذا لو جلس غيره على ثوبه
وهو لا يعلم في حال جلوسه ثم قام فيحرق الثوب من قيامه وثقل الجالس او وضع انسان قدمه على موخر نعله
في حال مشيه فرفع هو قدمه حتى يحرق النعل من فعله وثقل قدم الاخر حيث يضمن الاجنبي النصف ولذا
قال في رجل في يده الثوب لاخر فجذبه صاحب الثوب من يده فيحرق ضمن الممسك نصف الخرق ولو ان
صبي في يد ابيه جذبه اخر في يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الجاذب ويرث ابوه لان الاب ممسك
بالحق والجاذب متعد وفرع على هذه المسئلة الثوب لو جذب غير صاحبه فيحرق فضمانه على الجاذب ولو
جاذبا صبيا واحدهما يدعي انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات فديته على مدعي العبد لما انه لو ادعى
احدهما انه ابنه والاخر انه عبده فمدعي البنوة اولى فصار امساكه بحق وجذب الاخر بغير حق فيضمن
قوله اعتبارا للاحوال لانه يجب في حال ولا يجب في حال حصل كانه اصابه الطرفان فصار كانه جرحه
انسان وسبع ومات واشراع الجناح لم ينفسخ فان جنايته وهو شغل هوا المسلمين بالجناح وبالبيع
لم يزل هذا الشغل فبقيت جنايته على حالها والمسوي بالامتناع عن الدفع مع تمكنه لم يصر مسببا ولا
مباشرا بل صار تاركا للمعروف فلا يضمن هو بالامتناع كمن راى اعمى يقع في البير فلم يمنعه من الوقوع حتى
مات او راى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه اليه حتى مات او مر في الطريق ودنه حجر
فلم يرفعه حتى عثر انسان ومات لا يضمن شيا لما انه غير مباشر ولا مسبب وكذا بايع الحايط المايل بعد
التقدم اليه لو وقع الحايط في يد المشتري وتلف شيا لم يضمن البايع لزوال ملكه بالبيع فزوال تمكنه
من النقض ايضا اذ لا يتمكن من نقض حايط الغير وان كان مايلا ولا يضمن المشتري ايضا لعدم التقدم اليه
ولا اعلم فيه خلافا وكذا الحكم في الهبة مع القبض **قوله** ولو حركته الريح الى موضع اخر اي حركت عين
الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا هبت بشررها فاحرقت شيا يضمن لان عين الجمر لما
كانت باقيه في موضعها كانت الجنايه باقيه فكان ضمان ذلك عليه وقيل اذا كان اليوم ريحا وفي الذخيره
هذا اختيار شمس الايمة السرخسي وكان الحلواني لا يقول بالضمان من غير تفصيل وهو قياس قول
الايمة الثلاثه وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح فلا ينسخ حكم فعله بالانتقال
من موضع الى موضع لانه كان عالما به بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها كذا في المبسوط فالفعله حكم
الفاعل كالقتله في حكم القاتل قال شيخ الاسلام هذا على وجوه ان قال يخرج الجناح للاجرا ابنوا جناحا
لي على فنا داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح فيه من القديم ولم يعلم العمله خلاف ما قاله ثم سقط
فاصاب شيا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سوا سقط قبل الفراغ من
العمل او بعده لان الضمان يجب على العامل بامر الامر فكان له ان يرجع عليه كما لو استاجر غيره ليذبح
شاة ثم استحقت الشاة فالمستحق يضمن الذابح ويرجع الذابح على الامر كذا هذا لانه غيره وان قال لهم
اشرعوا جناحا في فنا داري ولم يقل ان له حق في الاشراع او قال فاسوا بامره وسقط فاتلف شيا
ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد
الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد
الامر فلم يحكم بالضمان على الامر كما لو امرهم ان يبنوا في وسط الطريق فبنوا واتلف شيا لم يرجعوا به على
الامر قياسا وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فنا داره مملوك له
من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامه ولكنه غير صحيح وغير مملوك من حيث انه لا يجوز
بيعه فمن حيث انه صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان

على العامل قبل الفراغ من العمل عملا واظهارا سببه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل
الفراغ لان امر الامر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفنا داره وانما حصل له المنفعة بعد
الفراغ من العمل فاظهار شبهه الصحة بعد الفراغ اولى كذا ذكره المحبوبي **قوله** فالضمان على رب الدار
استحسانا وفي المبسوط وجه الاستحسان حديث شريح فانه قضى بالضمان في مثله على رب الدار والمعنى
ان فعل الاجير ينتقل اليه لانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فنا داره اذا لم يتضرر به غيره
وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره ولما كان الفنا غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة
صح امره فجعله كانه بنى بنفسه **قوله** بخلاف ما اذا فعل في سكة غير نافذة يعني لو صب الما او رشه او
توضا في الطريق فتلف شي لم يضمن وفي الذخيرة لو فعل شيا من ذلك في الطريق في سكة غير نافذة فعطب به
انسان ينظر ان فعل ما ليس من جملة السكنى كحفر البير لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركايه وان فعل شيا
من جملة كما اذا وضع خشبة او توضا او قعد او اوقف دابته فعطب فالقياس كذلك والاستحسان لا
يضمن شيا لان الطريق في سكة غير نافذة مملوك لاهل السكة مشترك فيما بينهم فكان كالدار المشتركة وفي
الدار المشتركة اذا احدث شيا بغير اذن الشركا فالجواب على التفصيل كذا ههنا بخلاف ما اذا كانت السكة
نافذة وفي السكة النافذة انما يضمن الراش وغيره اذا لم يعلم المار بان كان اعمى او مر ليلا اما لو علم المار
بالرش ومشى على الموضع الذي رش لا يضمن الراش وكذا لو تعمد المرور على الخشبة وذلك لان المار هو الذي
خاطر بروحه لما علم الرش والخشبة وتعمد المشي فيكون هو ما شيا فلا يكون على المسبب ضمان وفي نوادر
ابن سماعة عن محمد وضع خشبة في طريق غير نافذ احد منهم ونحوها فلا ضمان لان هذه بمنزلة الدار بين الشركا
ولو حفر بيرا فوقع فيه انسان ضمن كما لو حفر بيرا في الدار المشتركة فيضمن حصة شركايه دون حصته لان
السكة تخالف الدار المشتركة في الحفر في حصله وهي ان الحافر في الدار المشتركة يضمن ما نقصها الحفر دون
السكة لان الدار المشتركة مملوكة لهم حقيقة فينتفعون بها بخلاف السكة وقال احمد في حفر البير في
الدار المشتركة يضمن جميع ما تلف وهو قياس مذهب الشافعي لانه متعد بالحفر فيضمن الكل كما لو حفر في
دار غيره وقلنا تعديه في نصيب شريكه لا في نصيب نفسه فكان الضمان بقدره ولو كان الشركا ثلاثا يضمن
الحافر ثلثي التالف لما ذكرنا وقال ابو يوسف عليه نصف الضمان لانه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما
جرح واحد جرحا والاخر جرحين **قوله** لسيله في فنا حانوته الى اخره الفنا سعة امام البيوت المعدة
لحوايجها كذا في المغرب وذكر التمرتاشي الفنا ما اعد لحوايج الدار كربط الدابة وكسر الحطب يتصل به
اي يتشبث ويتعلق بالبنا وفي جامع المحبوبي والذي ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعلم الاجير ان الفنا للغير اما اذا
علم فالضمان على الاجير وبه قالت الايمة الثلاثة قال شيخ الاسلام ان كان الطريق معروفا للعامة فالضمان
على الاجير اعلمه المستاجر بذلك او لا لان الطريق اذا كان مشهورا يعرفه كل احد فقد علم الاجير فساد الامر
بالحفر في ملك الغير فاسد بلا خلاف لاحد فصار وجوده كعدمه وفي المبسوط لا شي على الاجرا ان لم يعلموا
انه في غير فنايه لان عمرو بن الحارث كان من جملة الرؤسا معلوم انه ما باشر الحفر بنفسه بل بالاجرا ثم ضمنه
شريح وهذا لانهم يعلمون انه له ولهذا يستوجبون الاجر عليه فصاروا مغرورين من جهته حيث لم
يعلمهم ان ذلك الموضع ليس بفنايه وانما حفروا اعتمادا على امره وعلى ان ذلك من فنايه فلدفع ضرر الغرور
ينتقل فعلهم الى الامر فيصير كانه حفر بنفسه ولا نعلم فيه خلافا **قوله** في البالوعة قيل هو بير في وسط الدار لما
المطر وفي الصحاح البلوعة ثقب في وسط الدار والانيات الاستبداد بالراي انفعال من الفوت وهو السبق
وفي المبسوط لو حفر بالوعة في الطريق الاعظم منع من ذلك لانه لا يخلو عن ضرر فان امره السلطان بذلك لم
يضمن ما تلف فيها وانما لم يضمن فيما اذا كان باذن الامام اذا كان فيه مصلحة وهو قول الشافعي اما اذا كان

فيه مفسدة يضمن وان كان باذن الامام لان اذن الامام لا يعتبر فيما يكون فيه مفسدة بلا خلاف وقال
احمد اذن الامام لا يعتبر وان لم يكن فيه مفسدة حتى لو حفر في موضع لا ضرر فيها نظر ان حفرها لنفسه ضمن
ما تلف بها سوا حفرها باذن الامام او بغير اذنه لانه حفر في موضع مشترك بغير اذن اهله فيضمن كما لو
لم يأذن الامام وقلنا للامام ان يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه كالاذن بالقعود فيه اما لو حفرها لما
المطر او ليشرب منه العامة ونحوه فلا ضمان عليه اذا حفرها باذن الامام فلا خلاف فيه والصحيح
عن احمد انه لا يضمن بغير الاذن لان فيه منفعة العامة ومصلحتهم وقد يشق استيذان الامام فيفوت
مصلحتهم وعن بعض اصحاب الشافعي ثلاثة اوجه احدها انه لا ضمان عليه والثاني يجب عليه الضمان
والثالث لو حفرها لارتفاق نفسه ضمن وان حفرها لارتفاق المسلمين لا يضمن **قوله** او هو مباح
مقيد بشرط السلامة لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة قال في شرح الاقطع قد قالوا لو
قعد في الطريق ليستريح او لمرض او ضعف فعثر به انسان يضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة
كما ان الله اباح الرمي الى الصيد فلو رمى صيدا واصاب انسانا او شاة ضمن واعتبر فيه السلامة **قوله**
على هذا التفصيل وهو انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه وبغير امره يضمنه مما ذكرناه
من اول الباب الى ههنا من اشراع الجناح واحداث الكنيف او الميزاب او الجرصن او حفر البير في
طريق المسلمين **و قوله** وغيره وهو كبنا الظلة وغرس الاشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع لان هذه
الاشيا غير مذكورة في الكتاب **قوله** فان كان له حق الحفر فيه بان لا يضر المسلمين او اذن له الامام
وجعل له حق الحفر وقت القسمة وذكر التمرتاشي افنية الابواب التي في الطريق الشارع ليست مملوكة
لاصحاب الدور ولو ارادوا ان يحدثوا شيا في افنيتهم فهذا وما لو احدثوا في غير افنيتهم سوا وفي
المحيط رمى ثلجا او جمد في الطريق فزلق به انسان قال محمد ان كانت السكة نافذة ضمن وان كانت غير نافذة
وفيها دور فرموا اصحاب الدور ثلجهم فزلق لا ضمان عليهم قال ابو الليث يجب ان لا يضمن وان كانت السكة
نافذة لعموم البلوى في بلادنا لكثرة الثلج والثلج في بلادهم قليل والصحيح جواب محمد **قوله** او غما اي
اخذنا فانا العفونة كذا وجدت بخط الثقات وفي الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر
لانه اي الجوع والغم معنى في نفسه وفي بعض النسخ مات لمعنى في نفسه فصار كانه مات حتف انفه وفي
المبسوط لا يصير هلاكه مضافا الى الحفر لظهور سبب اخر هو سبب الهلاك وهو الجوع او الغم والجوع
اثر هيجان طبعه والغم من اثر قلبه ولا صنع للحافر فيهما فلا يجعل الحافر كالدافع **قوله** لانه لا سبب للغم
سوى الوقوع اذ الغم اثر جعل الارض عميقا وهو من اثار حفره فيضاف اليه اما الجوع معنى يحدث فيه بهيجان
الطبع حتى لم يبق شي في معدته من سوي الطعام وليس ذلك من اثر حفره وقال محمد هو ضامن اي الحافر
في الوجوه سوا مات جوعا او غما او غيرهما وهو قياس قول الايمة الثلاثة **قوله** ولا شي على الاجرا اذا
لم يعلموا انها في غير فنايه ولا نعلم فيه خلافا وذكر خواهرزاده هذا اذا لم يكن الطريق مشهورا انه طريق
العامة اما اذا كان مشهورا انه طريق العامة ضمنوا علموا او لم يعلموا **قوله** ولا يعني انما يعتبر
امره لاثبات صفة الحل او لدفع الغرور وقد انعدما جميعا ههنا بالعلم **قوله** لا اطلاق له في التصرف
فان عند ابي حنيفة يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه اذا لم يمنعه مانع وعندهما له ان يحفر في فنايه اذا لم
يضر بالمارة وليس لاحد منعه من ذلك ولكن بشرط السلامة يحل **قوله** وكان الامر بالحفر في ملكه
ظاهرا **فان قيل** قوله ليس له حق الحفر فيه يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلة
قلنا قوله ليس له فيه حق الحفر يحتمل اراد ليس له فيه حق الحفر في القديم وهكذا في المبسوط فيكون
الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة **قوله** ولو جعل قنطرة القنطرة ما احكم بناوه ولا

يرفع والجسر ما يوضع ويرفع فلا ضمان على الذي تنطره وكذا لو كان النهر ملكه لا يضمن لان الاول تعدى
اي بنا القنطره ووضع الخشبه تعد لان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعين
المكان والتضييق والسعة للامام فكان جنايه هذا الاعتبار والحايه تعد كذا في مبسوط شيخ الاسلام
والثاني وهو المدرو رسعدا قيل على قياس مسلة الما ينبغي انه اذا لم يوجد طريق اخر يمر فيه فعبر
على النهر يضمن وان تعمد المشي هذا اذا كان النهر خاصا اما اذا كان النهر لجماعة المسلمين فكذلك
في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي في قول واحمد في وجه وعن ابي يوسف لا ضمان عليه علم الماشي
بذلك او لم يعلم لانه اقام خشبة في موضع له حق فلا يضمن كما لو بسط حصيرا في مسجد لغيره وبه
قال الشافعي واحمد في وجه ولهذا لو حفر بيرا في ارض مفازة لانتفاع الناس لا يضمن الحافر **قوله**
وهذا اللفظ اشاره الى قوله فعطب به انسان يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط اللبد عليه
او بعثوره عليه والفرق اي بين الشي المحمول حيث يجب الضمان به فيما اذا هلك انسان و الثوب
الملبوس حتى لا يجب الضمان فيه وان هلك انسان بوقوعه عليه ان حمل المتاع في الطريق على راسه
او على ظهره مباح لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرامي الى الهدف والصيد فيخرج بالتقييد
بما ذكرناه اي بوصف السلامة **قوله** اذا لبس ما لا يلبسه اي في العادة كاللبد والجوالق ودرع
الحرب في غير موضع الحرب او لبس ثوبا لا احتياج اليه من حيث الزينه ومن حيث دفع الحر والبرد وذكر
المحبوبي لو لبس ثوبا زيادة على قدر الحاجه لم يذكره محمد في الكتاب وروى ابن سماعة عنه انه
قال يضمن اذا سقط وعطب به انسان لانه لا يعم به البلوى وقياس قول الايمة الثلاثه لا يضمن
لعدم التعدي ه العشيرة القبيلة ذكرها في الصحاح والمراد ههنا اهل المسجد **قوله** لم يضمن يعني
وان كان بغير اذن الامام وبه قال احمد والشافعي في وجه وقال الشافعي في وجه بغير اذن الامام
يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيره وفعل بغير اذن الامام وبغير اذن العشيرة ضمن وبه
قال الشافعي في وجه **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام والعشيره او عدم اذنهما
وبه قال الشافعي في وجه ومالك واحمد قال الحلواني اكثر مشايخنا اخذوا بقولهما في هذه المسئلة
وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وفيها ووضع الحب لشرب الما على هذا الاختلاف قال التمرتاشي لو
ضاق المسجد باهله لاهله ان يمنعوا من ليس من اهله عن الصلاه فيه لنصب الامام عن ابن سلام باني
المسجد اولى بالعمارة والقوم اولى بنصب الامام والموذن وعن الاسكاف لباني احق بذلك قال ابو
الليث وبه ناخذ الا ان ينصب والقوم يريدون من هو اصلح لذلك وتكرار الجماعه اذا سبقهم بها
غير اهله يعني لو صلى فيه غير اهل المسجد بجماعة لاهل المسجد تكرار الجماعة بلا كراهة اما لو صلى
اهل المسجد بجماعة لا يكون لغير اهله ان يصلوا فيه بجماعة فعلم هذا ان اهل المسجد ليسوا بسواء
لغير اهله او نقول لا يبعد ان يكون المسلمون فيما هو المقصود وهو الصلاة فيه سوا ومع ذلك يختص
اهل المسجد بالتدبير فيه كالكعبه والناس فيما هو المقصود وهو الطواف سوا ثم اختص بنو شيبة
بالتدبير حتى انه صلى الله عليه وسلم اخذ المفتاح منهم يوم الفتح نزل قوله تعالى ان الله يامركم ان
تودوا الامانات الى اهلها وقصد القربه لا ينافي الغرامه الا ترى ان الانسان اذا وقف في الطريق
لاماطة الاذى عن الطريق او لدفع الظلم عن غيره فعطب به انسان يضمن وان كان يستحق الثواب
هذا كله في المبسوط والذخيره **قوله** تفرد بالشهادة فان شهادته في حقوق الله تعالى حسبة كانت
فيه لكن لما فات شرطه وهو كون الشهود اربعه ينقلب شهادته قذفا حتى يجب حد القذف على
الشاهد **قوله** لم يضمن ان كان في الصلاة سوا كانت الصلاه فرضا او نفلا ذكره شيخ الاسلام وهذا

اي التفصيل

٤٨٩

اي التفصيل الذي ذكرنا وكونه في غير الصلاة يضمن عندنا مطلقا ليس بصحيح على الطلاقه فان شمس
الايمة رحمه الله قال في جامعه لو جلس لانتظار الصلاه لا يضمن لقوله صلى الله عليه وسلم المنتظر
للصلاه في الصلاه وانما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس العلم وقراءة القران وفي
الذخيره لو جلس للدرس او لقراءة القران او للذكر والتسبيح او للاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب
واختلف المتاخرون قال ابو بكر الرازي يضمن عنده وقال ابو بكر البلخي ان جلس لقراءة القران او معتكفا
في المسجد لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد لو جلس للحديث يضمن بالاجماع لانه غير
مباح له وفي النهاية فعلى هذا انما ذكره في المتن ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاه الى هو
على هذا الخلاف يخالف لهذه الروايات والله اعلم بصحته اجيب يمكن ان يكون مختار صاحب الكتاب مختار
ابي بكر الرازي ولكن فيه بعد كما ترى ويقولهما قالت الايمة الثلاثه **قوله** وله اي لابي حنيفة بني
فان قيل المسجد كما بني للصلاه بني لذكر الله تعالى وتسبيحه وللاعتكاف قال الله
تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال وقال ومن اظلم ممن منع
مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقال تعالى وانتم عاكفون في المساجد فيجب ان يكون في القعود لهذه
الاشيا لا يضمن كما لو كان في الصلاة **قلنا** الايات تدل على اباحة هذه الاشيا ويكون ماجورا
لو فعل هذه الاشيا فيه مباحا وقربه وقلنا كونه مباحا للثواب وقربه لا ينافي الغرامه كما قلنا في الوقوف
على الطريق لدفع الاذى عن الطريق او لدفع الظلم اما المسجد بني للصلاة قصدا بدليل شرعي وعرفي
ولغوي اما الشرعي فانه للمصلي ان يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه وان كان القاعد مستغلا بالذكر
والتدريس والقراءة والاعتكاف اما لو كان احد يصلي فيه ليس لغيره ان يزعج السابق عن مكانه واما
العرفي فظاهر فان الناس تعارفوا بناه للصلاة لا لغيرها واما اللغوي فهو انه سمي مسجدا والمسجد موضع
السجود اي السجود في الصلاه ولهذا لا يجوز الصلاه في غير المسجد قبل شريعتنا اليه اشار في الذخيرة
وجامع شمس الايمة فجعلنا الجلوس للاصل وهو الصلاة مباحا مطلقا اي غير مقيد بشرط السلامة
فان قيل هذه القاعدة منقوضة على اصله لان عنده لا تفاوت بين الاصل والفرع كما في سعي
الجمعه مع الجمعه فانها ينقض الطهر **قلنا** الانتقاض ثمه لا لعدم التفاوت بين الاصل والفرع
بل باعتبار قصد الارتفاض في محل يصله فيرتفضه ضرورة كذا قيل **قوله** ولا غرو اي لا عجب
قال قايل • لا غرو ان احرقت نار الهوى كبدي • فالنار حق على من يعبد الوثنا

فصل في الحايط المايل من حق هذا الفصل ان يوخر من مسايل جميع الحيوانات لانه جماد والجماد موخر
عن الحيوان الا انه ذكره ههنا لمناسبة وهو ان الحايط تناسب الجرصن والروشن والجناح وغيرها
فالحقه بها **قوله** والقياس ان لا يضمن وبه قال الشافعي واحمد في المنصوص منه كما لو لم يطالب به
لانه بناه في ملكه ولا تعدي منه وجه الاستحسان وبه قال مالك والنخعي والثوري وغيرهم من ايمة
التابعين كشريح والشعبي وروي ذلك من علي وفي المغني لابن قدامة قال اصحابنا يضمن واليه اومي احمد
قوله بخلاف ما قبل الاشهاد فانه لا يضمن بالاجماع وعن بعض اصحاب احمد وجهان انه يضمن قبل الاشهاد
ايضا وبه قال ابن ابي ليلى وابو ثور واسحق لانه متعد بتركه مايلا فيضمن ما تلف به كما لو بناه مايلا ابتدا
قوله فاذا تقدم على بنا المفعول بدليل قوله وطولب بالعطف عليه اي فاذا اوذن واخبر ان
حايطه مايل **قوله** وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه كما في الرمي على الكفار فان تترسوا بصبيان
المسلمين ومصانعه الوصي في مال اليتيم وقطع عضو الاكله عند خوف الهلاك **قوله** رحمه الله تعالى
وتحملها العاقله ولا نعلم فيه خلاف قال محمد رحمه الله العاقله لا تضمن حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشيا

على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده
ظاهرا والظاهر لا يستحق به على الغير كذا في شرح الاقطع والشرط التقدم اليه وتفسير التقدم ان
يقول صاحب الحق لصاحب الحايط ان حايطك هذا مخوف او يقول مايل فانقضه حتى لا يسقط ولا
يتلف شيا وفي المستصفى اذا قال له اهدم حايطك فانه مايل فهذا اشهاد عليه ولو قال له ينبغي ان تهدمه
فهذا ليس باشهاد بل هو مشهود ويشترط لصحة التقدم ان يكون التقدم الى من له ولاية النقض حتى
لو تقدم الى من يسكن باجاره او باعاره فسقط بعد ذلك لا ضمان على احد اما على المستاجر والمستعير
لعدم صحة التقدم اليهما واما على المالك فلانه لم يتقدم اليه وبعد صحة التقدم يشترط لوجوب
الضمان دوام القدره على النقض الى زمان السقوط والتقدم الى صاحب الحايط تقدم في نقضه حتى
لو سقط الحايط بعد التقدم وعثر انسان بنقضه فمات فديته على صاحب الحايط وهو قول محمد وهو
الصحيح خلافا لابي يوسف فيما رواه اصحاب الامالي كذا في الذخيره وكان الاشهاد من باب
الاحتياط ولهذا لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه
ذكره في التحفة وكان اي الاشهاد من باب الاحتياط **قوله** قبل ان يهى بمل الحايط **قوله** قالوا
اي العلما يضمن ما تلف من غير اشهاد ولا يعلم فيه خلاف لان هذه الشهاده ليست على القتل بل على المال
لان الثابت بالتقدم المال لا القتل وكل سبب يوجب المال يثبت بشهادة النسا مع الرجال كذا
في المبسوط **قوله** وشرط الترك في مده الى اخره وفي الذخيره لو شهد على صاحب الحايط فسال
صاحب الحايط من القاضي ان يوجله يومين او ثلاثه او ما اشبه ذلك ففعل القاضي ثم سقط كان
الضمان على صاحب الحايط لان التاجيل لم يصح لان الحق لصاحب الدار لا للقاضي فصار وجود تاجيله
وعدمه بمنزلة ولو كان التاجيل من صاحب الدار لم يجب الضمان لصحة التاجيل لصدوره من صاحب
الحق ولو كان حايطه مايلا الى الطريق الاعظم وطلب صاحبه التاجيل من القاضي ثم سقط فلا يسقط الضمان
عنه لان الحق لعامة المسلمين وتصرف القاضي في حق العامة انما ينفذ فيما لهم نفع لا فيما لهم مضرة
فكان التاجيل وعدمه بمنزلة **قوله** بنقضه مسلم او ذمي ولا نعلم فيه خلاف وفي شرح الاقطع وكذا
لو طالبه صبي او رجل غريب من بلد اخر لاستواهم في حق المرور في الطريق وفي شرح الطحاوي يستوي
فيه المسلم والذمي بعد ان كان حرا عاقلا بالغا او كان صغيرا اذن له وليه بالخصومه وكان عبدا
اذن له مولاه بالخصومة ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على الهدم بواسطة الفكاك **قوله** والى
ابي اليتيم وامه المراد من اليتيم الصبي لاستحالة اليتم مع وجود الاب هكذا ذكره في المبسوط لان فعل
هولا كفعله اي فعل الاب والام والوصي كفعل الصبي لان هولا يقومون مقام الصبي ويملكون هدم
الحايط وكان التقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هم في ترك الهدم يعملون للصبي وينظرون
له فكان الضمان على الصبي دونهم كذا في المبسوط ولا يعلم خلاف **فان قيل** جا التفريط في النقض
من الاب او الصبي مع الامكان فكان قاصدا الحاق الضرر بالصغير فينبغي ان يجب الضمان على الوصي
قلنا نعم كذلك الا ان في تفريطه في النقض نوع مضره للصغير باعتبار وجوب الضمان عليه عند
السقوط ونوع مصلحه للصغير من حيث انه يحتاج الى ان يبني ثانيا من ماله الا ان جانب المصلحة راجح
على جانب المضرة في التفريط لان ما يلزمه من المونة في النقض والبنا ثانيا من ماله متيقن وما يلحقه
من الضمان على تقدير السقوط موهوم لانه يحتمل ان لا يسقط ولو سقط يحتمل ان لا يهلك به شي
والموهوم لا يعارض المتيقن **فان قيل** لو كان التقدم على الوصي او الاب كالتقدم كالتقدم
على الصبي ينبغي ان لا يهدر دم القتيل فيما اذا سقط الحايط بعد بلوغ الصبي وحيث اهدر **قلنا**

التقدم

التقدم على الوصي او الاب ليس بتقدم الى الصغير حقيقته بل جعل كالتقدم اليه لقيام ولايتهما
فما دامت ولايتهما باقيه يبقى حكم ذلك التقدم في حقه وبالبلوغ زال ولايتهما فبطل حكم ذلك التقدم
ولم يوجد التقدم في حق الصغير فيهدر دم القتيل هذا كله مما اشار اليه في الذخيره **قوله** في
عتق العبد حتى يباع فيه كديون التجاره والقياس ان يكون على المولى كضمان النفس وفي الاستحسان
العبد التاجر في التزام المال كالحر لانه منفك الحجر في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية
على النفس كالمحجور عليه لانه فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وكان الضمان على عاقلة المولى
كذا في المبسوط **قوله** لان الاشهاد من وجه على المولى **فان قيل** اذا لم يكن على العبد دين
ظاهر لان الملك للمولى في الحايط المايل فيجعل الاشهاد على العبد بمنزلة الاشهاد على المولى
اما اذا كان عليه دين فالمولى لا يملك اكسابه عند ابي حنيفة فكيف يجعل الاشهاد عليه اشهادا على
المولى حتى وجب ضمان النفس على عاقلة المولى **قلنا** نعم كذلك الا ان المولى احق باستخلاصه
لنفسه فيجعل في حكم الجناية كان المولى يملكه الا ترى ان القتيل اذا وجد في دار العبد كانت القسامة
والدية على عاقلة المولى فكذلك ههنا ضمان الدية على عاقلة المولى اليه اشار في المبسوط وفيه نوع
تامل **قوله** لتمكنه من اصلاح نصيبه الى اخره في المبسوط هذا جواب الاستحسان وبه قال احمد
في وجه وفي القياس لا يضمن واحد من الورثه الذي تقدم اليه لعدم تمكنه من نقضه فلم يفد التقدم فائدته
واما غيره من الورثه فلعدم التقدم اليهم وبه قال احمد في وجه وفي الاستحسان يضمن بحصته لانه
كان متمكنا من ان يطلب شريكه ليجتمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة
فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع **قوله** لا يضمنه اي صاحب
الحايط لا يضمن القتل الثاني لان التفريغ عنه اي تفريغ الطريق عن القتيل مفوض الى اوليايه لانهم
هم الذين يتولون دفن ميتهم بخلاف مشروع الجناح والمسلة بحالها حيث يضمن مشرع الجناح دية
القتيلين لان اشراع الجناح نفسه جنايه لانه يشتغل به هوا طريق المسلمين واذا كان كذلك فصار
كانه القاه بيده على القتيل فصار حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله ومن القى شيا في الطريق
كان ضامنا لما عطب به وان لم يكن تفريغ الطريق عليه فكذلك ههنا اما الحايط فبنا في ملكه وليس
بجنايه وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالقاعد بترك النقض في الطريق مع القدره
على التفريغ والترك مع القدره وجد في حق النقض لا في حق القتل لان تفريغه على اوليايه كذا في الذخيره
قوله ولو عطب بجره الى اخره في المبسوط وضع شيا على حايطه فوقع ذلك الشي فاصاب انسانا فلا
ضمان عليه فيه لانه وضعه في ملكه فلا يكون متعديا فيما يحدثه سوا كان الحايط مايلا او غير مايل لانه
في الموضعين لا يكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه كذا في المبسوط ولكن ذكر في المبسوط سقوط الجره
فقط وفي روايه الكتاب ذكر سقوط الحايط مع سقوط الجره وان كانت اي الجره وفي بعض النسخ وان
كان الجره على با وبل الشي ملك غيره لا يضمنه اي صاحب الحايط يعني لو عثر انسان على الجرة لا يضمنه صاحب
الحايط لان التفريغ الى مالكها ولا يضمن صاحب الجرة لانه لم يوجد الاشهاد عليه حتى لو كان الجره لصاحب
الحايط يضمن لقدرته على رفعها كالنقض فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البير وباني الحايط بغير اذن الشريك
ثلثا الدية عند ابي حنيفة وقالا اي ابو يوسف ومحمد عليه نصف الديه في الفصلين اي فصل حايط مشترك
بين خمسة وفصل دار بين ثلاثه نفر وقال احمد لو حفر احدهم بغير اذن شريكه انه يضمن تمام ما تلف وهو
قياس مذهب الشافعي لانه متعد بالحفر فيضمن الواقع فيها كما لو كانت في ملك غيره والشركة اوجبت تعدد
بجميع الحفر فكان موجبا لجميع الضمان **قوله** سحب من اشهد عليه معتبر لانه يصير جانيا وما تلف

بنصيب من لم يشهد عليه لعدم الاشهاد فلما هدرا البعض واعتبرا البعض جعلا نصفين كما مر في
عقر الاسد الى اخره وهذا لان حكم نصيب الشركا في حقه واحد فلا ينظر الى تعدد الشركا ولا فرق
بين ان يكون شريكه في الحايط المايل واحدا او جماعة وكذلك في المسلة الثانيه وهي الحفر فباعتبار
شريكه متعد في حقه وصفة التعدي في حقه لا يختلف بقلة الشركا وكثرتهم فيلزمه نصف الضمان
باعتبار التعدي من وجه دون وجه وابو حنيفه رحمه الله يقول وجوب الضمان عليه في المسله
الاولى وهي الحايط المايل باعتبار التلف الحاصل بثقل الحايط وهي علة واحدة لا ينقل بعضه لان
وقوع الجزء اليسير ليس بمهلك ولو كان اجنبيا في الكل لا يصح الاشهاد عليه فيصح الاشهاد بقدر ما
ملك اعتبارا للبعض بالكل ولما كان الحايط بين خمسة وجد من كل منهم نقل بقدر ملكه فيوزع الضمان
على ذلك ولهذا لو اشهد على الكل فعلى كل واحد خمس الدية فكذا ههنا وقيل جواب ابي حنيفه فيما مات
بالثقل وهما لا يخالفانه في ذلك وجوابهما فيما اذا مات بسبب الجرح من جرح الحايط وابو حنيفه يوافقهما
في ذلك وفي المسلة الثانيه الجزء معتبر بالكل ولو كان جميع الموضع احدث فيه مملوكا لغيره يضمن جميع ما
تلف بسببه فاذا كان قدر الثلثين مملوكا لغيره يضمن الثلثين لما ان صفة التعدي في ذلك دون الثلث
ووجوب الضمان باعتباره كذا في جامع شمس الايمه وغيره وهذا معنى قوله وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر والثقل في الحايط والعمق في البير لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق اي الثقل القليل والعمق
القليل علة للتلف

باب جناية البهيمة والجناية عليها

لما فرغ عن بيان جناية احكام الانسان مباشرة وتسبيبا شرع في بيان احكام جناية البهيمة
ولا شك في تقدم الانسان على البهيمة الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب
باليد والصدم هو الضرب بالجسد ومنه اذا قتل الكلب الصيد صدما لا يوكل واصطدم الفارسان
يعني ضرب احدهما الاخر بنفسه ونفحت الدابة برجلها ضربت بحد حافرها كذا في الصحاح والمغرب
اعلم ان جناية الدابة لا تخلو عن ثلاثة اوجه اما ان كان في ملك صاحبها او في ملك غيره لا يضمن
شيا اذا كانت الدابة سارت ولم يكن صاحبها معها اما لو كان معها وهو راكبها او قايدها او سايقها
فان كان راكبها يضمن ما وطيت بيدها او رجلها ولا يضمن ما نفحت بيدها او رجلها او ضربت بدنها او
كدمت لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف
فكانما وطياه جميعا ولهذا يجب على الراكب الكفارة بوطيها ويحرم عن الميراث والمباشر ضامن سواء كان
متعديا او لا اما اذا كان سايقا او قايدا فهو مسبب لانه لم يتصل ثقله بالمتلف والمسبب انما يضمن اذا
كان متعديا وهو ليس بمتعد بتسيير الدابة في ملكه واما لو كانت جنايتها في ملك غير صاحبها فهذا على
وجهين اما ان ادخلها صاحبها بغير اذن المالك او دخلت بنفسها وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها
وفيما اذا ادخلها يضمن صاحبها في الوجوه كلها سواء كانت واقفة او سايرة وسواء كان معها صاحبها يسوقها
او يقودها او راكبها عليها او لا يكون معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعد
اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذن المالك واما اذا كانت جناية الدابة
في طريق المسلمين او اوقفها صاحبها يضمن ما تلف بفعلها في الوجوه كلها لان بايقاف الدابة على طريق
المسلمين صار مسببا وهو متعد في هذا فليس له شغل طريق المسلمين بايقافها فيه لان الطريق للسلوك
والسير لا للايقاف وان كانت سايرة ولم يكن صاحبها معها فان سارت بارسال صاحبها فصاحبها ضامن
ما دام السير في وجهها ذلك لم تسر يمينا وشمالا لان ارسالها بلا حافظ يحفظها سبب للاتلاف وهو
متعد فيه ولو سارت بنفسها لا بتسيير صاحبها فلا ضمان على صاحبها في الوجوه كلها فان كان صاحبها

معها وهي تسير فلو كان راكبها فما وطيت بيدها ورجلها فصاحبها مباشر للتلف وفيما كدمت فصاحبها
مسبب متعد لانه يمكن حفظ الدابة عند الكدم بكون بين عينيه فيمكنه ابعاد الدابة عن المتلف
كذا في الذخيره وجامع المحبوبي وذكر التمرتاشي لو كانت سايره وصاحبها معها قايدا او سايقا او
راكبا يضمن جميع ما جنت الا النفحة بالرجل او الذنب وبه قال احمد في رواية وعند الشافعي وفي احد
في رواية يضمنها ايضا وهو قول ابن ابي ليلى وقاسه بالذي اوقف دابته فنفحت برجلها او ذنبها لا
بنفس الايقاف مباح مقيد بشرط السلامة فكذا تسييرها وقلنا بنفس الايقاف صار مسببا كما ذكرنا
ونفس التسيير لا يكون متعديا لان الطريق للسير والسلوك ويصير متعديا فيه فيما يمكنه ان يحترز
عنه ولم يحترز ولا يمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب كذا في المبسوط وقال ملك لا ضمان
عليها لقوله صلى الله عليه وسلم العجماء جرحها جبار ولانه جناية بهيمة فلم يضمن كما لو لم يكن يده عليها
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار رواه ابو هريرة وتخصيص الرجل دليل على وجوب
الضمان بغيرها ولانه يمكنه حفظها عن الجناية بخلاف من لا يد له عليها **قوله** لانه متصرف في
حقه الى اخره جواب سوال ذكره في الذخيره مع جوابه وهو ان له المرور في الطريق كما في ملكه ولو
مر في ملكه لا يضمن شيا فينبغي ان يكون ههنا كذلك فاجاب بقوله انه يتصرف في حقه وفي وجه في
حق غيره فعملنا بالشبهين فقلنا اذا كان مسببا للاتلاف بشي يمكنه حفظ الدابة والتحرز منه يعتبر
متعديا واذا كان شيا لا يمكنه التحرز لا يعتبر فيه متعديا نظرا للجانبين **قوله** لما فيه اي في التقييد
بشرط السلامة فيما لا يمكن الاحتراز عنه المنع من التصرف وسد باب التصرف لانا لو شرطنا عليه
السلامة فيه تعذر عليه استيفا حقه من المشي والسير على الدابة مخافة ان يبتلى بما لا يمكن الاحتراز
عنه فينسد عليه باب الانتفاع بحقه اما فيما يمكن الاحتراز عنه لو شرطنا عليه صفة السلامة لا
لا يمتنع استيفا حقه وانما يلزمه نوع احتياط في استيفا حقه **قوله** والنفحة بالرجل والذنب
ليس يمكنه الاحتراز عنه في السير لان وجه الراكب امام الدابة لا خلفها **قوله** او وقفها وحقه
ان يقال وقفها لان وقف فعل متعد لازم قولك وقف وقفا متعد ووقف وقوفا لازم وفي المغرب
لا يقال اوقف الا في لغة رديه **قوله** وفي الثاني يمكن لان الحجر الكبير لا يكون مستورا متواريا
فيمكنه ان يبصره بعينه ويسوق الدابة الى جانب اخر لاحصاه فيه فان لم يفعل ضمن او ذلك لمعنى
اثارة الحجر الكبير يسبب الراكب فيكون ذلك بفعله **قوله** والمرتدف اي الرديف فيما ذكرنا كالراكب
وبه قال ملك وقال الشافعي واسحق لا يضمن الرديف لانه تبع للراكب وقال احمد ارجو ان لا شي عليه
اذا كان امامه من يمسك العنان وقلنا الدابة في ايديهما ويسيرانها ويصرفانه كيف شا وهذا
مروي عن شريح ويجب الكفارة عليهما لانهما مباشران بخلاف القايد والسايق كذا في المبسوط **قوله**
لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير والايقاف ادوم ضررا من السير فلا يلحق
بالسير والايمة الثلاثة لا يفرقون ويوجبون الضمان بالبول والروث في الطريق مطلقا لانه تلف
حصل من جهة دابته التي يده عليها فاشبه ما لو جنت بيدها او فمها قال ابن قدامه وقياس المذهب ان
لا يضمن ما تلف بذلك لانه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز عنه كما لو اتلفت برجلها **قوله** والمراد
من قولنا لما اصاب بيدها او رجلها وانما فسره لانه يجوز ان يراد بقوله لما اصاب بيدها او رجلها
الوطي وقد ذكرنا انه يضمن فيه السايق والقايد من غير خلاف والخلاف في النفحة تفسيره **قوله**
قال بعض المشايخ اي مشايخ العراق وقال اكثر المشايخ اي مشايخ ديارنا ذكره في الذخيره يقال
كبح الدابة بلجامها هو ان يجذبها الى نفسه لتقف وقال الشافعي يضمنون النفحة وهو قول ملك واحمد

وابن ابي ليلى كما ذكرنا وقوله عليه الصلاه والسلم معطوف على ما فيما ذكرناه اي والحجة عليه قوله
صلى الله عليه وسلم الرجل جبار اي هدر **قوله** واسقال الفعل الى اخره جواب عما قال الشافعي
ان فعلهما مضاف اليهم كما في الاكراه فقال الاضافة والاسقال انما يكون في الاكراه الكامل وهو الاكراه
بالقتل او اتلاف العضو يعني اسقال الفعل واضافته الى المكره بسبب خوف التلف وتصير المكره كالالة
له وهذا تخويف بالضرب فيكون قاصرا وتحريها لا يكون بسبب خوفها من الضرب وبمثل هذا لا يسقل
الفعل الى الغير **قوله** فان سير الدابة مضاف الى الراكب الا ترى انه يقال سار كذا فرسخا
وان كان هو جالسا في سرجه لا يتحرك فصار كانه اضاف ذلك الشي برجله ثم يكون مباشرا فكذا ههنا كذا
في الاوضح ولهذا لو سار على دابته في ملكه فوطيت بيدها او رجلها فقتلت فعليه الكفارة والدية اي في
المباشرة في الملك وغيره سوا كما ذكر في المبسوط وقيل الضمان عليهما فقد ذكر محمد في الاصل ان الراكب
اذا امر اخر فنخس الدابة فاوطات انسانا كان الضمان عليهما فقال لان الناخس سايق والاخر راكب فعلم
ان السايق والراكب في الوطي سوا كان اما الجواب عن القول بان الراكب مباشر والسايق مسبب فهو
ان المسبب مع المباشر انما يضمن اذا كان السبب شيا لا يعمل في الاتلاف متى انفرد عن المباشره كما في الحفر
بانفراده فان الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو مباشره وان كان لولا الحفر
لا يتلف بالدفع ايضا لكن الدفع هو الوصف الاخير فيضاف الحكم اليه كما قالوا في السفينة المملوة اذا طرح
فيه واحد منا فغرقت فالضمان على الذي وضع المن الزايد لان الغرق يضاف اليه وفي مسلتنا فالراكب
بانفراده عامل في اتلاف ما اوطات وكذا السايق فاذا اجتمعا لم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى
الركوب بل يكون التلف مضافا اليهما فيجب الضمان عليهما اليه اشار في الذخيرة والمصنف رحمه الله بقوله
فان كل ذلك سبب الضمان ومن هذا الجنس ما قالوا فيمن ساق دابة عليها وقر من الحنطه فاتلفت شيا فان
قال السايق او القايد اليك اليك فان سمع هذه المقالة ولم يذهب فهو على وجهين اما ان لا يبرح
من مكانه باختياره او لم يجد مكانا اخر ليذهب فمكث في مكانه ففي الوجه الاول لا يضمن صاحب الدابة
ويضمن في الثاني لانه مضطر في المقام بخلاف الوجه الاول وان لم يقل الراكب اليك اليك او قال ولم يسمع
من على الطريق يضمن الراكب والسايق لان التلف مضاف اليه كذا في جامع المحبوبي **قوله** اذا اصطدم
فارسان وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسان اتفاقي او بحسب الغالب **قوله**
وقال زفر والشافعي وهو قول مالك على كل واحد نصف دية الاخر لان كل واحد مات بفعله وفعل
صاحبه الى اخره وهو القياس وفي الواقعات هذا اذا وقع كل منهما على قفاه اما اذا وقعا على وجههما
فلا شي فيه وكذا اذا وقع احدهما على وجهه لا شي على المكب لانه مات بفعل نفسه ودية الاخر على المكب
وبه قال المزني ولنا وهو قول احمد وهو الاستحسان ووجهه ان كل واحد مات بفعل صاحبه الى اخره
كالماشي اذا لم يعلم البير ووقع فيها لا يهدر شي من دمه مع ان البير نفسها في الطريق ليست بسبب لموته
بل البير مع المشي اذ لولا مشيه وثقله لما سقط في البير ثم فعل صاحبه مباح ايضا لكن فعل المباح في غيره
سبب للضمان كالنايم اذا انقلب على غيره **قوله** فتعارضت اي الروايتان عن علي فرجحنا بما ذكرنا اي
فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل او نقول ما روي عن علي انه اوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين
حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على ما ذكره في الكتاب **قوله** وفيما ذكر اي الخصم من
المسايل الفعلان محظوران لان الاصطدام عمدا محظور يعني لما كان الفعل محظورا كان موجبا للضمان
ولكن لم يظهر في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على كل واحد منهما نصف الدية اما فيما نحن
فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضه

فتساقطت ح

احد في القتل وجب على كل واحد دية صاحبه لما بينا ان المباح المحض لا يصلح معارضا للمحظور في
ايجاب الضمان وان كان لا يوجد التلف الا بهما كما في مسلة البير حيث يجب على الحافر لا الماشي وان كان
الموت يحصل بالمشي والحفر اليه اشار في الاسرار حيث قال التلف بالصدمة لا بالمشي والمشي كان سببا
للصدمة ولكن لم يضف التلف الى السبب المباح بل اضيف الى التعدي الى اخر ما ذكرنا **فان قيل**
يشكل على هذا كله ما اذا تجاذبا حبلا بينهما فانقطع الحبل وسقط كل واحد على قفاه ومات فلا شي على
احد ومثله في هذه الصوره لو وقع كل واحد على وجهه ومات يجب دية كل على الاخر وتجاذب الحبل
لا يخلو من ان يكون محظورا او مباحا فان كان محظورا ينبغي ان يجب على عاقلة كل نصف الدية كما في المسايل
التي اوردها الخصم وان كان مباحا كان فعل كل واحد مباحا لم يعارضه محظور فلا بد ان يكون مقيدا
بشرط السلامة كما مر فايجاب دية كل على صاحبه مناقضا للاصول التي مر ذكرها في حق الراكب **قلنا**
لما وقع كل منهما على وجهه في الصورة الثانية علم انه انما وقع في وجهه بجذب صاحبه اياه فكان موت
كل منهما بفعل صاحبه لا بفعل نفسه فتجب الدية على عاقلة كل منهما كاملا كما في المصطدمين احدهما بتعد
وهو الصدمة والاخر مباح وهو المشي فلم يظهر المباح في مقابلة التعدي فاضيف الحكم الى التعدي
وفي مسلة قطع الحبل لما ماتا بالوقوع على الوجه كان موت كل بفعل صاحبه من غير ان يوجد فعل
من الميت في حق نفسه اصلا فلذلك وجب على عاقلة كل دية كاملة بخلاف ما لو وقعا على قفاهما عند
الانقطاع حيث لا يجب شي لان سقوطه على قفاه بقوة نفسه لا بجذب صاحبه فكان كل قاتل نفسه ولا
يجب على الاخر شي ولو قطع انسان الحبل بينهما وماتا فديتهما على عاقلة القاطع للحبل لانه صار كالدافع
لكل منهما اليه اشار في المبسوط وفي الذخيره لو وقعا في وجههما ففي نسخه هذا لا يكون من قطع الحبل
وفي نسخه هذا من قطع الحبل **قوله** هذا الذي ذكرنا وهو انه يجب دية كل على عاقلة الاخر اذا كانا
حرين في العمد والخطا اي يختص نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما وفي الخطا دية كاملة كما ذكر في
الكتاب خلا انه ذكر الخطا في وضع المسله والعمد في بيان قول الخصم الا ان العمد ههنا بمنزلة الخطا
لانه شبه العمد اذ العمد في الاصطدام ولم يقصد القتل **قوله** فياخذه اي بدل العبد لان المضمون
هو النصف في العمد كما ذكرنا في بيان قول الخصم لان بصدمته الم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه وكذا
ما يحمل عليها يعني لو سقط شي محمول عليها من اداتها وغيره ومثلها الرحل ولا يعلم فيه خلاف **قوله**
بخلاف الرداء يعني اذا كان لابسا له فسقط واتلف شيا لا ضمان عليه لانه تابع للابس فسقط الرداء ثم
تعثر به انسان لم يضمن وكذا اذا سقط رداوه لانه لا يمكنه الاحتياط عنه والاحكام فيه اي في الشدة
فكانه القاه بيده على ما مر من قبل اي في باب ما احدث الرجل في الطريق القطار الابل بقطر على
نسق واحد والجمع قطر **قوله** فالضمان عليهما اي على القايد والسايق وفي المبسوط السايق مقرب
للابل فيما اصاب بالصدمة وغيرها وكذا القايد مقرب من ذلك فيشتركان في الضمان لاستوايهما
في التسبب وان كان معهما سايق الابل في وسط القطار سايق لما بين يديه من الابل قايد لما خلفه ح
والقايد والسايق في حكم الضمان سوا وكذلك ان كان احيانا يتوسط واحيانا يتقدم واحيانا يتاخر
لانه في جميع الاحوال سايق للقطار او قايد ولو كان رجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها
لم يضمن ما يصيبه الابل التي بين يديه لانه ليس بسايق له ولكن معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي
هو عليه وما خلفه لانه راكب عليه وقايد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط ببعيره قال بعض
المتاخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده اما اذا كان هو نايما على بعيره او قاعدا لا يفعل
شيا يكون به قايدا لما خلفه لا ضمان عليه وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع على البعير **قوله**

يل

ولو تعثر اللابس ح

اذا كان السايق في جانب من الابل اي وهو الذي في الوسط يمشي في جانب من القطار لا متقدم ولا يتاخر ولا ياخذ بزمام بعير يقود ما خلفه اما لو كان في الوسط واحد بزمام بعير يقود ما خلفه ولا يسوق ما قبله فما اصاب ما خلفه لا ضمان فيه على القايد الاول وضمانه على القايد الاول والثاني لما بين يديه لان القايد الثاني سايق لما بين يديه قايد لما خلفه والقايد والسايق ضامن كذا في المغني **قوله** والقايد لا يعلم قيد به اذ لو علم القايد بالربط في المسئلتين يعني ربط حال السير فالديه على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لان القايد لما علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجع وحاصله ان جهل القايد بالربط لا ينفي ابدا وجوب الضمان عنه لوجوب الاتلاف منه والجهل بزيل الاثم دون الضمان كالنايم اذا انقلب على انسان في المبسوط القود سبب وجوب الضمان ومع تحقق السبب لا يسقط الضمان بجهله وانما يرجع على الرابط لانه الزمه ذلك الضمان بالربط بجهل في الجامع الصغير اسند الوجوب على عاقلة القايد ثم هم يرجعون على عاقلة الرابط كما هو المذكور في الكتاب وفي المبسوط جعل ابتدا وجوب الضمان على القايد ثم يرجع على الرابط كما حكينا ووفق الامام المحبوبي بينهما وقال انما اختلف الجواب باعتبار ان رواية المبسوط اعتبر حقيقة الضمان وحقيقته على القايد غير ان العواقل يتحمل عنها واعتبر في الجامع حاصل الضمان وقراره وهو وجوبه على العاقلة وانما لم يجب الضمان عليها في الابتدا بطريق الشركة من غير ان يتقدم القايد اذ كل منهما مسبب لما ان الربط بمنزلة التسبيب من المباشرة فلا شك ان المباشرة اقوى كالحافر مع الدافع فاعتبر القود في ابتدا الضمان ثم يرجع على الرابط لانه مغرور من جهته فكان للقايد حكم المباشرة لانه اي الرابط امر للقايد بقود بعيره حين شد دلالة ضمنها القايد بلا رجوع مع ان لفظ الجامع مطلق غير متعرض للسير ولا للوقوف قال الحلواني اذا ربط حال قيام الابل ووقوفها لا يضمن الرابط لان ربطه جناية وقد زال هذا السبب بقود القايد فيبرا عن موجبها كمن وضع حجرا على الطريق ثم جا اخر وحوله من ذلك الموضع الى موضع اخر لم يكن على الواضع الاول ضمان ما تلف به لانه لما حوله زالت جنايته كذا هاهنا **قوله** ومن ارسل بهيمة يريد بها كلبا وكان لها سايقا اي خلفها يشليها فاصاب في فوره وفي بعض النسخ من فوره ولو ارسل طيرا وفي بعض نسخ الجامع الصغير ارسل بازيا فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة ولهذا لو ادخل بازيا في الحرم او صقرا وارسله لحمل يقتل حمام الحرم لا يلزمه شي لما قلنا ان البازي لا يحتمل السوق **قوله** ولم يكن له سايقا يعني لم يكن خلفه ولا يشليها لم يضمن وان اصاب من فوره ولا يعلم فيه خلاف **قوله** ما دامت على سننها فيضمن قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وبه قال الشافعي واحمد وعند ملك فعل العجما جبار باي وجه كان وتدبر رجل له كلب عقور كلما مر عليه مار عضه فلاهل القرية ان يقتلوه فلو عض هل يجب الضمان على صاحبه لا ضمان عليه ان لم يتقدموا اليه ويضمن بعد التقدم وقال الشافعي واحمد يضمن بعد ارساله وان لم يتقدم اليه وكذا في سنور معروف ياكل الطيور وفي المنبع لو طرح رجلا قدام اسد او سبع فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب وجيعا ويحبس حتى يتوب وقال ابو يوسف انا ارى ان يحبس حتى يموت وعند الايمة الثلاثة ان كان الغالب القتل يجب القود وان كان لا يقتل غالبا فعند الشافعي قولان في قول يجب القود وفي قول لا يجب ولكن يجب الدية وبه قال احمد وقياس قول ملك يجب القود **قوله** الا اذا كان له اي لسير الدابة طريق اخر سواه بان كان على الجادة مارا وحل حينيذ لا يسقط حكم الارسال ايضا كما لو لم ينعطف يمنة او يسرة **قوله** وكذا اذا وقفت ثم سارت يعني يسقط حكم الارسال لان ذلك الوقف وفي بعض النسخ لان تلك الوقفة **قوله** وهذا اي وقفه

لا حقيقة المباشرة

الدابة

الدابة و**قوله** والخلاف معطوف على قوله بخلاف لان حكمهما مخالف لحكم اصل المسئلة وفي الذخيرة الفرق بين ارسال الدابة وبين الكلب والبازي هو ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وامكنه الاتباع بعد من صاحبه مما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير اتباع معه ليس بعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا **قوله** فمباح ولا يتقيد بشرط السلامة لانه لا يمكن اتباع الطير ويمكن اتباع الدابة **قوله** فافسدت زرعا على فوره اي الارسال والمراد بفور الارسال ان لا يميل يمينا ولا شمالا وقال محمد هي المنفلتة اي العجما التي اهدر النبي صلى الله عليه وسلم هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افساد المرسلة اذا كان في فور الارسال ليس بجبار وانما ذكر التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه كما قال ملك **قوله** واخواته من السوق والقود والركوب وفي بعض النسخ واخواتها ثم المنفلتة اذا افسد زرع انسان ليلا او نهارا لا يضمن صاحبه عندنا وهو قول اصحاب الظاهر لقوله عليه الصلاة والسلام العجما جبار ولانها افسدت وليس يد عليها لا حقيقة ولا حكما فلا يضمن كما لو كان نهارا وقال الشافعي واحمد واكثر فقها الحجاز ومالك يضمن لما افسد ليلا دون النهار لما روى عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة البراء دخلت حايط قوم فافسدت فقضى صلى الله عليه وسلم ان على اهل الاموال حفظها بالنهار وما افسدت بالليل فهو مضمون عليهم قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلا فهو مشهور تلقاه فقها الحجاز بالقبول ولان العادة في المواشي ارسالها في النهار للرعي وحفظها ليلا وعادة اهل الحوايط حفظها نهارا دون الليل فاذا ذهبت ليلا كان التفريط من صاحبها بتركه حفظها في وقت عادة الحفظ وفي النهار كان التفريط من اهل الزرع فكان عليهم ولهذا فرق النبي صلى الله عليه وسلم واما غير الزرع فلا يحتاج الى حفظها عادة فلا يضمن حتى هذا لو احرز المواشي صاحبها فانفلتت وافسدت الزرع لا يضمن عند بعض اصحاب الشافعي واحمد لعدم التعدي منه وعن بعض اصحاب ملك لو اهملها صاحبها ولم يجعل عليها حافظا بالنهار فافسدت الزرع يضمن قلنا حديثنا متفق عليه مشهور وما رواه الشافعي مرسل وليس بحجة عندنا واحسن طرقه ما رواه ملك عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة مرة يرويه عن ابيه ولا صحبة لابيه ومرة عن البراء فقط وحرام بن سعد بن محيصة مجهول لم يرو عنه احد الا الزهري ولا يعلم للزهري عنه غير هذا الحديث ولم يوثقه الزهري وهو قد روى عمن لا يوثق بروايته عن سليمان بن ارقم ومنهال مولى ام سلمة وغيرهم من المجاهيل والهلكى فسقط التعلق بهذا الخبر مع انه يجوز انه عليه الصلاة والسلام اوجب الضمان في حديث البراء اذا كان ارسلها صاحبها ويكون فايدة الخبر الحاق الضمان بسوقه وان لم يعلم بافساده فتساوى حكم العلم والجهل فيه **قوله** وفي عين بقرة الجزار الى اخره الجزار القطع ومنه جزر الجزور والجزور ما اعد للنحر يقع على الذكر والانثى كذا في الصحاح وفي جامع البزدوي انما وضع المسئلة على هذا الوجه اعني لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقا ليبين ان البقر والجزور وان اعدا للحم كما في الشاة لا يختلف الجواب فيهما يعني يجب ربع قيمتها سوا كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب كما في الذي لا يوكل لحمه كالحمار والبغل والفرق ان الشاة لا ينتفع بها للعمل بل ينتفع بها كالامتعة فضمنت النقصان من غير تقدير فاما البهايم فانها عاملة كالادمي فينتفع بها لغير العمل ايضا فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب نصف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما **قوله** وقال الشافعي الى اخره وهو قياس قول ملك واحمد ولانه اي الشان الى اخره قالوا هذا الدليل غير معول عليه لانه لو كان المعتبر هذا ينبغي ان يجب نصف قيمتها اذا فقيت عينها وحيث يجب النقصان

لانه ذكر التمرتاشي تجب القيمة ان سلم الجثة وان امسكها ضمن النقصان وكذا في جامع بكر **قوله**
باربعة اعين وفي بعض النسخ باربع اعين **قوله** على الناخس دون الراكب يعني اذا نخسها بغير
اذن الراكب والسايق وبه صرح في المبسوط ولا يعلم فيه خلاف والنخس الطعن بعود ونحوه من
باب منع ومنه نخاس الدواب دلالها كانه اي الناخس فعله بيده وفي المبسوط جعل الناخس
بمنزلة المباشر لانه لما نخسه ومن عادة الدابة النفحة والوثبة عند النخس فكان الراكب والدابة
كالمدفوع عليه فاضيف الفعل الى المباشر المتعدي **فان قيل** في فعل المباشر لا يشترط
التعدي في وجوب الضمان كالنايم اذا انقلب على انسان او على مال فاهلكه يجب الضمان عليه
والنايم لا يوصف بالتعدي وكذا الرامي في ملكه يجب الضمان عليه اذا اتلف شيا برميه وهو
متصرف في ملكه والراكب مباشر دون الناخس الا يرى ان حرمان الارث والوصية والكفارة
احكام مرتبة على المباشرة وذلك يثبت في حق الراكب دون غيره **قلنا** نعم كذلك وبه ندرج جواب
في قوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس واذا كان مدفوعا بدفع الناخس يعذر
ايجاب الضمان على الراكب بالمباشرة ويتعذر ايجابه بالتسبيب لانه لم يكن متعديا فيه واما الناخس فمتعد
فيه فاوجبنا الضمان عليه ولا يقال ينبغي ان يضمن الناخس النفحة كالراكب والسايق ولا يمكنه الاحتراز
عنه على ما ذكرنا وحيث يضمن لان الناخس متعد في التسبب حيث نخس بغير اذنهما والسايق والراكب غير
متعد فلا يضمنان النفحة لعدم تمكن الاحتراز عنه اما الناخس فمتعد فيضمن النفحة ذكره في المبسوط **قوله**
ولان الناخس متعد في تسببه وانما قلنا انه مسبب لان من عادة الدابة عند النخس النفحة والوثبة **قوله**
وانقاد ابنه هذا من الوقف لا من الوقوف ولما بينا اشارة الى قوله لانه متعد في تسببه والواقف
في الملك والذي يسير سوآ في ذلك اي في وجوب الضمان على الناخس ولعدم التعدي في الواقف
والساير ووجود التعدي في الناخس وقيد بالملك ههنا في الوقوف والسير لانه اذا كان الراكب
واقفا في بعض الطريق الذي لم يؤذن في الوقوف فضرب انسان دابته باذنه فنفحت انسانا فالدية
على الضارب والراكب نصفين على عاقلتهما لان الضارب سايق وكل راكب سايق فاستويا فضمنا
ولا كفارة عليهما لان القتل حصل بالتسبب لان الراكب انزل مباشرا انما حصل بالسير دون ما يحصل
بالنفحة كذا في الايضاح **قوله** والثاني اي وطي الدابة مضاف الى الناخس لما ذكرنا ان عادة الدابة
الوثبة والنفحة عند النخس وكان الناخس كالسايق لها والسايق مع الراكب ضامنان وروى ابن سماعة
هذا عن ابي يوسف كذا في المبسوط **قوله** ولا ضمان عليه اي على الناخس في نفحتها لانه اي الراكب امره
اي الناخس بما يملكه وهو النخس الى اخره **قوله** مضافا اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ
اليها اي الى النخسة **قوله** والاذن يتناول فعله اي فعل الناخس الى اخره هذا جواب سوال مقدر وهو
ان يقال ينبغي ان لا يضمن الناخس لانه متى اذن بالنخس نقل فعله الى الراكب فلم يبق متعديا فقال اذنه لما يصح
من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه وكان متعديا **قوله** والركوب الى اخره
جواب سوال اخر وهو ان الراكب صاحب علة اذ الركوب علة الوطي والناخس صاحب شرط اذ النخس
شرط في حق فعل الوطي واضافة الحكم الى العلة اولى من اضافته الى الشرط فقال والركوب وان كان علة
للوطي الى اخره تشديده لما ترجح صاحب العلة على الشرط اذا كان شرط تلك العلة فاما اذا كان شرط
علة اخرى فلا يترجح صاحب العلة الا يرى ان من جرح انسانا ثم سقط المجروح في بير حفرها غيره على الطريق
فمات يجب الدية عليهما وان كان احدهما صاحب علة والاخر صاحب شرط لان الحفر شرط علة اخرى دون
الجرح فكذا ههنا الركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط للسير او علة للسير

والسير علة للوطي فصار بمنزلة تحصيل علة العلة والحكم لا يمتنع اضافته الى علة العلة مع كونه مضافا الى
حقيقة العلة فلهذا اجب الدية على عاقلتهما لانه اي الناخس فعل بامره اي بامر الراكب ورجع عليه بما لحقه
من العهدة **قوله** وهو الاصح فيما اراه اي اظنه لانه اي الراكب امره بالنخس لا بالايطا والنخس ينفصل
عنه اي عن الايطا والتلف انما يحصل بفعل الوطي **قوله** بتيسيرها وفي نسخة بتسييرها وقيد الصبي
بصفة الاستمساك لانه اذا لم يكن مستمسكا على الدابة وحمله رجل على الدابة والدابة وانفقد سار
فاوطات لا ضمان على عاقلة الصبي ولا على الذي حمله لان سير الدابة لا يكون مضافا الى الصبي لان الصبي
عليها بمنزلة المتاع ولا على الحامل لانه لم يسير الدابة وكانت الدابة كالمنفلتة فيكون فعله هدرا لقوله
صلى الله عليه وسلم فعل العجماء جبار والمراد المنفلتة كذا في الذخيرة ولا نعلم فيه خلاف **قوله** فالضمان
على الناخس لا على القايد **قوله** فنخسها غيره اي غير السايق فالضمان على الناخس لا على السايق لانه
اي التلف مضاف اليه اي الى النخس اذ الانفلات اثر فعل الناخس وهو شرط التلف وانما ذكر وجود
القايد والسايق لهذا المعنى فاما اذا لم يكونا فلا شك في وجوب الضمان على الناخس لان النخس مضاف اليه
فما تولد منه يكون عليه لانه مضاف اليه من غير مزاحمة **قوله** فالضمان في رقبته اي رقبة العبد يدفع
بها او يفدى هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما اذا نخسه باذنه فان كان التلف بالنفحة فلا ضمان على
الراكب والعبد اذا كان يسير في الطريق لان فعل المامور كفعل الامر ولو كان بالوطية في فور النخسة فعلى
عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السايق مع الراكب
الا ان المولى يرجع على الامر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه
في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع على المستعمل له وكذا لو امره بسوق الدابة
او بقودها ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا اخر فساق دابته فاوطات فقتلت فالدية على اعناقهما نصفين
يدفعان او يفديان بمنزلة السايق ولا شيء لمولى العبد المامور على الراكب اذا كان الراكب محجورا عليه حتى
يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يواخذ بضمان القول حتى يعتق وبعد
العتق عليه قيمة المامور لمولاه وان كان تاجرا او مكاتبا فهو دين في عنقه لانه يواخذ بضمان القول في الحال
كذا في المبسوط **قوله** واذا كان اي الناخس صبيا فهو كالرجل في ان الضمان على عاقلته لانه يواخذ بافعاله
كالبالغ كذا في المبسوط وفي الكافي وقوله في الهداية ففي ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال او
فيما دون ارش الموضحة لما ان جنايته اذا كانت موجبة للدية فعلى عاقلته

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من جناية الحر وهو المالك شرع في جناية العبد وهو
المملوك لانحطاط رتبته عن الحر الاصل ان جناية العبد توجب الدفع او الفدا عندنا على المولى وعند الشافعي
الوجوب على العبد يباع فيها الا ان يفديه المولى وانما قيد جنايته خطا لان في العمد على النفس يجب القصاص
عليه وفيما دون النفس يجب الدية خطا او عمدا لان القصاص لا يجري فيه بين العبد والعبيد ولا بين العبيد
والاحرار فيما دون النفس وانما يقال للمولى بالدفع والفدا بعد الاستيفا لانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك
حتى يبرا المجني عليه كما في جناية الحر لان موجب الجناية يختلف بالسراية وعدمها فلم يصر ذلك معلوما قبل
الاستيفا والقضا بالمجهول غير ممكن كذا في المبسوط **قوله** وفايدة الخلاف في اتباع الجاني بعد العتق
يعني ان المجني عليه عند الشافعي يتبع العبد بعد العتق يعني اذا كانت قيمته غير متعادلة للارش يتبعه
بعد العتق اما لو كان الارش بعد القيمة يكون على المولى والمولى مختار للفدا بالعتق وفي مبسوط بكر والاسرار
حاصل الخلاف ان موجب جنايته على الادمي على العبد عند الشافعي وعندنا يجب على المولى الدفع او الفدا
الا ان الموجب الاصلي الدفع وله ان يختار الفدا حتى لو هلك العبد فالواجب على المولى ولو كان الواجب

احمد الحسن والخيار اليه يعني ان يعين الارش بعد هلاكه وعند الشافعي موجب جنايته عليه كموجب جنايته
على المال ومن حكم الدين اذا وجب على العبد يخير المولى بين الدفع والبيع في الدين وبه قال احمد في روايه
نعلى هذا لو كان قيمته قدر الارش او دونه فالسيد مخير بين الفدا او الدفع وهو قول الحسن والثوري
والشعبي وعطا ومجاهد والزهري وحماد وقال احمد في رواية يلزم السيد دفعه وهو قول ملك والشافعي
في قول الا ان يفديه بالارش بالغا ما بلغ لان بامتناعه فوت محل حقه وفي الايضاح موجب جنايته صيرورته
جزا جنايته عندنا قلت الجنايه او كثرت وللمولى ان يختار الفدا وعنده الجنايه في رقبته يباع فيها الا
ان يفديه المولى **قوله** والمسئلة مختلفة بين الصحابة فانه روى عن علي انه قال عبيد الناس اموالهم
جزا جنايتهم في رقاب الناس كمذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وعبيدة بن الجراح
وروى عن عمر مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم جزا جنايته في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن
قيمة العبد واذا كانت المسئلة مختلفة بينهم فرجحنا قول علي وابن عباس ومعاذ بحديث روى انه عليه
الصلاة والسلام امر في عبد جنى جناية ان يدفع بها كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** كما في الدين وهو ظاهر
على ما قلنا وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي خطا تجب دية المقتول في ذمته لا على عاقلته
كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة **قوله** ولنا الى اخره
الضمان الواجب بالجناية على الادمي ضمان صلة وجب دفعا لوحشة القتل عنا ولئلا المقتول وصونا للدم
عن الهدر فوجبت على العاقلة والعبد ليس باهل لايجاب الصلة عليه وبعد اهدار الدم فلا بد من صون
بقدر الامكان بجعلنا نفسه جزا جنايته وصيرورته جزا الجنايته في العمد الا ان يختار المولى الفدا فيكون
له ذلك لان مقصود المجني عليه يحصل بوصول المتلف بكماله بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس
المتلف بحال شرعا ولان الاصل في موجب جناية الخطا ان يتباعد عن الجاني لكونه معذورا والخطا
موضوع شرعا ويتعلق باقرب الناس اليه وهو العاقلة تخفيفا على المخطي الى اخر ما ذكر في المتن **قوله** الا
انه اي المولى يخير يعني لما كان المولى عاقلته ينبغي ان لا يخير بين الدفع والفدا كما لا يثبت الخيار في ساير العواقل
فقال انما يخير المولى لانه واحد ههنا في كونه عاقلته وفي اثبات الخيار له نوع تخفيف عليه بخلاف
ساير العواقل لانهم كثرة ويثبت التخفيف بالتوزيع عليهم فلا يثبت الخيار لهم **قوله** غير ان الواجب
الاصلي هو الدفع في الصحيح جواب سوال مقدر وهو ان يقال لو كان موجب جنايته على ذمة المولى ينبغي
ان لا يسقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته فقال الموجب الاصلي هو الدفع
وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك حق
النقل الى القيمة والادا من مال ويسقط الزكاة بهلاك النصاب فكذا ههنا بخلاف الجاني الحر فان الواجب
لا يتعلق بذمته بل يجب على العاقلة فلم يحصل بموته فوات محل الواجب كالعبد في صدقة الفطر يعني
اذا مات العبد لا يسقط صدقة الفطر عن المولى و**قوله** في الصحيح احتراز عن روايه اخرى ذكرها
التمرتاشي قيل الاصل هو الدية والارش لكن للمولى دفع هذا الواجب بدفع الجاني وله المخلص عن
الواجب بالدفع وفي الاسرار ايضا لكن الرواية بخلاف هذا في غير موضع نص محمد رحمه الله ان الواجب
هو العبد لان المولى ليس بجان ولا عاقلة هو للعبد لان ولايه القرابة منقطعة بالرق والمولى انما
اشتراه ليواليه ويعقل عنه بل ليستخدمه **قوله** ولهذا اسقط الموجب بموت العبد سوا مات
بافة سماويه او بعثه المولى في حاجته او استخدامه فلا ضمان عليه في ذلك لان للمولى حق الاستخدام
في العبد الجاني ما لم يدفعه فلا يكون فعله ذلك تعديا كذا في المبسوط يعني اذا ابرى المولى موته قبل
اختيار الفدا من الدفع او الفدا في العبد الجاني ما لم يدفعه فلا يكون فعله ذلك تعديا كذا في المبسوط

دل ان الموجب الاصلي هو الدفع اذ لو كان الموجب احدهما من الدفع او الفدا ينبغي ان يتعين الارش بموته
وليس كذلك و**قوله** ولهذا اسقط الموجب بموت العبد لا يضاح اصالة الدفع لا الفدا **فان قيل**
هذا الحكم ثابت في اتلافه المال حيث سقط ضمان المال بموت العبد ايضا ذكره المحبوبي والتمرتاشي
صريحا وشيخ الاسلام في مبسوطه اشاره فكيف يكون ايضاحا له **قيل** حاصل كلامه ان في الصورتين
تعلق الحق برقبته العبد فبفوته يفوت محل التعلق وحاصله ان الدفع حاصل ايضا في صورة اتلاف المال
لانه يبيعه للغرما فكان مدفوعا اليهم **قوله** وكل ذلك اي من الدفع او الغرم يلزم المولى حالا
وان كان الواجب على المولى كالواجب على العاقلة وما وجب على العاقلة موجل وههنا يجب حالا
لان الواجب عليه اما الدفع فلا يجوز التاجيل فيه لانه عين والتاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل
شرع للتحصيل وتحصيل الحاصل باطل واما الفدا فلانه بدل عن العبد شرعا وكان حالا فكذا بدله
لان للبدل حكم المبدل **فان قيل** قد يخلف حكم البدل فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا
صار مالا يتعلق حقه به وان كان هو بدلا عن القصاص وكذا التيمم بدل عن الوضوء مع ان النيه
شرط فيه دون الوضوء واداء الصلاة وقضاؤها يختلفان في حق اقتدا المسافر بالمقيم فان الادا يصير
اربعا دون القضا **قلنا** نعم كذلك الا ان الاصل في الدين ان يكون حالا والاجل يثبت بعارض شرط
التاجيل ومن حيث ان الفدا دين في ذمته يجب حالا كساير الديون فلما تعارض جانبا الاصل والحلول
كما ذكرنا في كتاب الكفالة ولما لم يثبت شرط التاجيل في الفدا يجب حالا ولكن ذكر النظر الى المبدل لبيان
رجحان جانب الحلول فان الفدا انما وجب بمقابلة النفس والمولى بمنزلة العاقلة ينبغي ان يجب موجلا كما في
العاقلة وان لم يذكر شرط التاجيل ومن حيث ان الفدا دين في ذمته يجب حالا كساير الديون فلما تعارض
جانبا الاصل والحلول رجحنا جانب الحلول بانه فرع لاصل هو مال يجب ان يكون حالا لئلا يفارق
الخلف الاصل اما مخالفتهما في تلك المسايل لمعان ذكرناها في مواضعها وهي ان القصاص غير صالح لحق
الموصى له بالمال فلا يتعلق به والتراب غير مطهر بنفسه فلا بد من الحاق النيه وصلاة المسافر في الوقت
قابل للتغيير دون القضا لانه في اقتدا المسافر بالمقيم خارج الوقت بنا القوي على الضعيف في حق القعدة
الاولى **قوله** فاذا خلى بينه وبين الرقبه سقط اي سقط حق المطالبة من المولى كالوارث اذا خلى بين الغرما
وبين التركه و**قوله** على ما بينا اشاره الى قوله غير ان الموجب الاصلي هو الدفع الى اخره بعد ما اختار
الفدا اي صريحا او دلالة قولا وفعلا لان التعيين يحصل بايهما كان بخلاف التعيين في انواع الكفارة حيث لا
يحصل بالقول لان في حقوق الله تعالى المقصود هو الفعل لان المقصود هو الابتلا وذلك بالفعل اما في
حقوق العباد يعين المحل لا للفعل والتعيين يحصل بالفعل وكان القول محققا غرض صاحب الحق **قوله** حكم
الاولى اي يقال للمولى ادفعه او افده كما في الجناية الاولى **قوله** معناه بعد الفدا انما فسر المسئلة بهذا لانه
لو لم يفد للجناية الاولى ثم جنى اخرى كانت المسئلة عين المسئلة الثانية وهي قوله وان جنى جنايتين الى اخره **قوله**
لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى ولا يمنع تعلق الثانيه وبه قالت الايمة الثلاثة والحسن وحماد وربيعه
وعن شريح يدفع الى ولي الجنايه الاولى الا ان يفديه مولاه ثم يدفع الى الثاني ثم الى الثالث وبه قال الشعبي
وقتاده لان الجناية الثانية وردت على محل مستحق بعد صاحبها ولنا انهما تساويا في سبب تعلق الحق فتساويا
في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة الا ترى ان حقيقة الملك للمولى لا يمنع تعلق الحق فحق التملك اولى
ان لا يمنع بخلاف الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقه قبل الرهن او بعده
حيث لا يتعلق ساير الديون بالرهن لمنع حق المرتهن تعلق غيره وملك الراهن لا يمنع لما ان الرهن ايفا حكما والارتهان
استيفا حكمي فيعتبر بالايفا والاستيفا الحقيقي وهنالك لا يتعلق فكذا في الحكمي اما ههنا مجرد التعلق لا الا

ولا الاستيفا لا حقيقة ولا حكما فلا منافاة بان التعلق برقبة العبد الجاني ومعنى قوله على قدر حقيهما لان
المستحق مستحق عوضا عما فات فلابد ان ينقسم على قدر العوض كذا في الايضاح و **قوله** لما ذكرناه
هو **قوله** لان تعلق الاول برقبته لا يمنع تعلق الثاني لان ارش العين اي العين الواحدة **قوله** والحق
يجب للمولى الى اخره جواب اشكال وهو ان يقال الحق ان كان متحدا بالنظر الى سببه فهو متعدد
بالنظر الى المستحق فينبغي ان يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الاولى فقال لا نسلم ان المستحق متعدد
بل واحد ايضا كالسبب لان الاصل في الاستحقاق الميت وهو واحد والوارث انما خلف عنه فكان الاعتبار
لاتحاد الاصل **فان قيل** اعتبار جانب الوارث اولى لان الملك له حقيقة وحكما وللميت حكما لا حقيقة
لانه ليس من اهل الملك حقيقة واذا اعتبرنا جانب الوارثين ينبغي ان يتمكن من ان يفدي احدهما ويدفع
الاخر كما لو اختلف الجانبان **قلنا** يتمكن في رواية كتاب الدور واما في عامة الروايات يصير
المولى مختارا للفدا في حق الجميع باختيار الفدا في احدهما لما ان ملك الميت اصل وملك الوارث
بناء عليه فكان اعتبار الاصل اولى اليه اشار في الذخيرة **قوله** ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وبه
قال الشافعي في قول واحمد في رواية وقال الشافعي يلزمه تمام الارش وبه قال مالك واحمد في رواية
كما لو اعتقه بعد العلم بالجناية لانه امتنع عن تسليمه باعتاقه فصار بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار الفدا
وقلنا لما اعتقه بدون العلم لم يختر الفدا لعدم العلم بالجناية ولكن فوت محل حقه فيلزمه حقه وهو
الاقل من قيمته ومن الارش **قوله** وعلى هذا الوجه وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها يجي خلاف
الايمة الثلاثة فيه ايضا جواز على قول عند الشافعي وعند احمد ومالك وتعلق الجناية برقبته فان كان المشتري
عالما بحاله فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فداية عندهم وتسليمه الى المشتري كالسيد
وان لم يعلم المشتري بحاله فله الخيار بين امساكه ورده كساير المعيبات **قوله** بخلاف الاقرار على رواية
الاصل يعني اذا اقر من في يده العبد الجاني بان العبد لفلان لا يصير مختارا للفدا لما ذكر في المتن هذا
اذا اثبت بالبينة ان العبد لفلان اما اذا لم يثبت فلا فانه ذكر في المبسوط لو قال ذو اليد هو وديعة
عندي لفلان او عارية او اجارة او رهن فان اقام بينة اخر الامر حتى يحضر الغايب وان لم يقم بينة
خوطب بالدفع او الفدا وقال زفر هو مختار للفدا بمجرد قوله انه لفلان لانه زعم انه لا سبيل له على
دفعه فيصير به مفوتا للدفع مختارا للفدا كما لو اعتقه وقلنا هو بكلامه يزعم انه ليس بخصم واختياره
حتى على كونه خصما فاذا اثبت بالبينة انه ليس بخصم فصار كالمعاينة واذا لم يقم بينة فهو خصم
باعتبار ظاهر اليد وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع او الفدا فان فداه وحضر الغايب اخذ
عبده بغير شيء لانه متبرع في هذا الفدا بزعمه وان كان دفعه فالغايب بالخيار ان شاء امضى بذلك وان
شاء اخذ العبد ودفع الارش لان بتصديقه تبين ان الملك له وكان الخيار له **قوله** والحقه الكرخي
بالبيع وفي الايضاح رواية الكرخي خارجة عن الاصول وهو قول زفر واطلاق الجواب في الكتاب وهو
قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها لانه اي البيع بشرط خيار المشتري يزيل ملك البايع بالاجماع
وان اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري اما لو كان الخيار للبايع ونقض البيع لم يكن اختيارا للفدا لان
الدفع لم يفت وكذا بالعرض على البيع وقال زفر يكون مختارا للفدا بالبيع بالخيار وبالعرض على البيع
لان ذلك دليل استبقاء الملك ولهذا يسقط خيار الشرط بهما وقلنا انما يسقط خيار الشرط بهما
للزوم التصرف في ملك الغير في الاخرة على تقدير الفسخ والتصرف في ملك الغير حرام اما هاهنا لم
يجعل مختارا للامسين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا ولان المشتري او البايع لو جعل مخيرا او
فاسخا لم يصح شراؤه وبيعه لانه يكون شراء وبيعا فيه غرر وهاهنا لا يلزم الغرر في حق الدفع فيبقى مخيرا

بين الدفع والفدا لتمكنه من كل واحد لعدم زوال ملكه اليه اشار في الايضاح **قوله** لان الزوال
به اي بزوال الملك بالتسليم في البيع الفاسد بخلاف الكتابة كما لو كاتب على خمر او خنزير
حيث يصير مختارا للفدا بنفس العقد لان موجبه وهو استحقاق العتق عند اداء العوض المشروط يثبت
قبل قبض بدل الكتابة فيصير بنفس العقد مختارا وفي الايضاح كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز فان كان خوصم
قبل العجز وقضي بالدية ثم عجز لم يرتفع القضا لان وجوب البدل استحكم بالقضا وان لم يحكم فيه حتى عجز كان
له ان يدفعه لان الدفع لم يفت على سبيل الاستحكام لاحتمال ارتفاع فوات الدفع بالعجز وعن ابي يوسف
يصير مختارا بالعقد لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد واليد انما تعود بسبب جديد **قوله** ولو
ضربه فنقصه بان اثر الضرب فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار لانه حبس
جزءا منه اي من العبد فصار كما لو حبس الكل وهذا لان حق ولي الجناية ثبت في كل جزء منه وهو لا
يحتمل التجزي في الدفع بالجناية فامتناع الدفع في جزء كالامتناع في كله لان دفع الكل مع حبس بعضه
لا يتصور وان كان لا يعلم بالجناية فعليه الاقل من قيمته ومن الارش **قوله** لما قلنا اشاره الى
قوله لانه جزء منه اذ بوطي البكر يفوت جزء منه حقيقة وقيد بقوله وان لم يكن معلقا لاثبات الفرق
بين وطي البكر والثيب حيث بوطي الثيب بدون الاعلاق لا يصير مختارا للفدا في ظاهر الرواية **قوله**
بخلاف التزويج لانه عيب حكمي ولا يمكن نقصانا في عينها ولا يعجز عن دفعها وطعن عيسى وقال
التزويج تعييب كالضرب على يدها وعينها قلنا في الضرب تفوت الجزء بخلاف النكاح فانه ليس
فيه تفويت جزء بل عيب حكمي فلا يثبت اختيار الفدا كما لو اقر عليها بالسرقة مع العلم بالجناية وقيد
على ظاهر الرواية لانه روي عن ابي يوسف انه يكون مختارا للفدا بمجرد الوطي في الثيب اذ الوطي
دليل تقرير ملكه فيها ولهذا يسقط خيار البايع به وبه قال زفر وجه الظاهر انه لا ينقص شيئا ولا يعجز
عن دفعها فلا يكون دليل الاختيار كالاستخدام بخلاف البيع بخيار البايع اذ لو لم يجعل فاسخا به ولزم البيع
تبين ان وطيه حصل في ملك غيره اما هاهنا لو دفعها يملكها ولي الجناية مقتصرا ولهذا لا يسلم له شيء من
الزوايد بخلاف الاول كذا في المبسوط **قوله** بخلاف الاستخدام يعني لا يصير مختارا للفدا به بعد العلم
حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه وذلك لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار وكذا
لو كان عليه دين فاستخدمه فهلك لم يضمن للغرماء و **قوله** في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل
انه يصير مختارا بهما لانه اثبت عليه يدا مستحقة بهما فصار كالبيع وجه الاظهر ان الاجارة تنقض بالعذر
فينقض القاضي الاجارة لقيام حق ولي الجناية لانه عذر في نقضها والراهن يمكن من قضاء الدين واسترداد
الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن دفعه بهذين الفعلين فلا يصير مختارا للفدا **قوله** ان فعل ذلك اي
ان فعل العبد تلك الافعال يعتق ويصير المولى مختارا للفدا عند تحقق الفعل لكن يجب ان يكون القتل قتلا
يوجب الدية كالخطا وشبه العمد اما لو كان قتلا يوجب القصاص بان قال ضربته بالسيف فلا شيء على المولى
لان القصاص على العبد وذا لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلا يلزمه
شيء كذا في المبسوطين **قوله** فالعبد صلح بالجناية ومعنى ان لا يكون الصلح عن القطع صلحا عن السراية
والجناية عند ابي حنيفة كما لا يكون العفو عن القطع عفوا عن السراية لكن بالسراية تبين ان الصلح عن القطع
وقع باطلا لان حقه في النفس دون اليد فيبطل الدفع بناء على القطع ولكن يثبت عند الاعتاق صلح جديد
بينهما اما في جانب المولى فلا شك انه رضي بدفع العبد بجنايته وكذا في جانب المجني عليه لانه لما اقدم على
اعتاق المدفوع مع علمه ان العتق مما لا يفسخ ولو سرى بطل الدفع ووجب عليه الرد ويعجز عن الرد بسبب
العتق كان راضيا بكونه بدلا عن القطع وما حدث منه دلالة كذا ذكره المحبوبي وهذا معنى قوله لان

اقدامه على الاعتاق الى اخره **قوله** عوضا عن القليل وهو الدية يكون راضيا بكون العبد عوضا عن الكثير وهو السراية الى النفس وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير وبه صرح فخر الاسلام في جامعه وصاحب الكافي به **قوله** الى اخر ما ذكرنا من الرواية يعني وان لم يعتقه رده الى مولاه ثم يقال الى اولياء الجناية الى اخره وهذا الوضع اي الوضع الثاني يرد اشكالا وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمه ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلا يكون فيه حط شي فلا يرد اشكالا **قوله** لا يجب القصاص هنالك لانه مال هنالك وهو عفو عن النفس وههنا مال يجب لانه قال قيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه **قوله** والجرح مما ذكرناه وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح **قوله** ولم يعلم بالجناية قيد بعدم العلم لبني عليه قوله فعليه قيمتان اذ الاعتاق مع العلم بالجناية يوجب الدية عليه اذا كانت الجناية في النفس لولي الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بها يوجب الارش على ما مر في المبسوط قتل خطا وفقا عين اخر والمولى اعتقه بعد العلم بهما فعليه خمسة عشر الفا في ماله لانه فوت محل الدفع بالاعتاق فصار مختارا للفدا وبه قال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية **قوله** ويمكن الجمع بين الحقين الى اخره في الاصل في هذا ان العبد اذا قتل خطا وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفدا فان اختار الدفع بيع لاجل الغرما في الدين وما فضل شي من الدين فلولي الجناية وانما بدا بالدفع اولا لانا اذا دفعنا اولا كان جمعا بين الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ولو بدانا بالبيع تعذر الدفع بالجناية لانه يجدد الملك للمشتري ولم يوجد في يده جناية **فان قيل** ما فائدة الدفع اذا بيع في الدين بعده **قلنا** اي يثبت له حق الاستخلاص بالفدا فان للناس اغراضا في الاعيان وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية صيرورته جزاء للجناية فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا لان الواجب على المولى الدفع بهذه الصفة فيباع بعد ذلك في الدين فان فضل شي فلولي الجناية وان لم يف بالدين تاخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى ولو دفعه المولى الى ولي الجناية لم يضمن لصاحب الدين استحسانا والقياس ان يضمن قيمته لان الدفع وان كان واجبا لكن الملك لولي الجناية لم يكن ثابتا قبل الدفع وانما يثبت بالدفع فصار كما لو باعه منه وجه الاستحسان ان هذا حكم مستحق عليه الا ترى ان القاضي يجبره على ذلك فاذا فعل ما هو مستحق عليه لم يضمن شيا ولو دفعه الى صاحب الدين كان مختارا للفدا ولزمه الارش ان كان عالما والقيمة ان لم يكن عالما لان ما فعل غير مستحق عليه بل المستحق عليه الدفع الى ولي الجناية ثم يباع في الدين على ملكهم فكان دفعه بالدين تفويتا للدفع الى ولي الجناية فيضمن ولو ان القاضي باعه في الدين منه فاخذه عنده ثم حضر ولي الجناية ولا فضل في الثمن فقد سقط حق ولي الجناية لان القاضي لا يلزمه العهدة فيما يصنع ولو نسخ البيع ودفع بالجناية لاحتجنا الى البيع ثانيا فلا يصح خلا المولى اذا باع لانه يجوز ان يجب الضمان عليه بفعله كذا في الايضاح **قوله** بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي اي اتلف العبد الماذون اي حيث لا يضمن للغرما وانما يضمن للغرما وانما يضمن للمولى ثم المولى يدفع تلك القيمة الى الغرما **قوله** لانه اي حق الدفع دونه اي دون الملك فيضمنها اي يضمن المولى بالاعتاق لصاحب الدين دون ولي الجناية لانه اتلف حقها بالاعتاق **قوله** ثم ولدت اي من زوجها وانما وضع المسئلة هكذا لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين بعد ذلك لم يتعلق حق الغرما بالولد واما الامو[ال]

التي حصلت لها بطريق الهبة او الصدقة او التجارة فهي احق بها من مولاها في اداء دينها سوا اكتسب قبل لحوق الدين او بعده لان يدها في الكسب معتبرة حتى لو باعها انسان كانت خصما له بخلاف ما اذا اخذ المولى منها قبل ان يلحقها دين لعدم تقايدها عليه وبخلاف ما اذا ولدت قبل لحوق الدين لان الولد ليس من كسبها بل جزء متولد من عينها فلا يكون من كسبها كنفسها الا ان نفسها تباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن والاذن لا يوجد في حق الولد ولو تعلق به الغرما انما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا بخلاف ما لو ولدتها بعد لحوق الدين فان حق الغرما تعلق بها في حال ما كان الولد جزءا منها فيسري الى الولد بحكم الاتصال فينفصل عنها على تلك الصفة وهذا بخلاف الدفع بالجناية فان الجناية اذا ولدت لا حق لولي الجناية في ولدها لان حقه في بدل المتلف وهو ارش الجناية او في نفسها جزاء على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متاكد يمكن للمولى ان يتصرف فيه بالبيع وغيره كيف شا فلهذا لا يسري الى الولد وههنا حق الغرما متاكد في ذمته وتعلق بماليتها بصفة التاكد بدليل انه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغريم حقه فيسري هذا الحق المتاكد الى الولد كذا في المبسوط وفي مبسوط شيخ الاسلام الدين مستغرقها حتى صار المولى ممنوعا عن بيعها وهبتها فكان لحق الكتابة والتدبير فيسري الى الولد كالاضحية اذا ولدت سرى الى ولدها حتى صار صاحبها ممنوعا من الانتفاع بها وحلبها وجز صوفها بخلاف القصاص فانه لا يسري الى الولد لان المستحق بالقصاص الروح لا الرقبة والولد متولد من الرقبة لا من الروح اما الدين يتعلق برقبتها ولو كان الدين متعلقا برقبتها لما ضمن المولى قيمتها بالاعتاق لرب الدين كما لو اتلف انسان مديون غيره لا يضمن لرب الدين دينه بل يضمن لولي القتل ديته في الخطا لانا نقول باعتبار تفويت ما تعلق به حق الغريم تبعا واستيفا من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى ولهذا يتبع الغريم العبد بما بقي من دينه بعد العتق ولو كان الدين على المولى لطالبوا المولى بجميع الدين بخلاف ما اذا قتل مديون غيره حيث لا يضمن لرب الدين دينه للزوم الاقوى بمقابلة الاضعف لان القاتل لو ضمن دينه يوديه من عين ماله ويملك وصفا في الذمة والعين اقوى من الوصف والمماثلة مرعية في ضمان العدوان فلا يجب الاقوى بمقابلة الاضعف وانما وجوب الدية صيانة للدم عن الهدر معنى التملك غير منظور اليه **قوله** والسراية في الاوصاف الحكمية اي سراية الحكم من الام الى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي فوجوب الدفع اثر الفعل الحقيقي فلذلك لم يسر الى الولد ولهذا لو كانت الامة سودا لا يلزم ان يكون ولدها اسود **فان قيل** وجوب الدفع يسري الى ارش الجناية حتى لو جني عليها واخذ المولى الارش يدفع المولى ذلك الارش عنها الى ولي جنايتها فلو كان عدم السراية الى الولد باعتبار الدفع فعل حقيقي لا يسري لكان ينبغي ان لا يسري الى الارش ايضا بالطريق الاولى لما ان الولد جزؤها لا الارش فلما لم يسر الى جزئها باعتبار انه اثر فعل حقيقي كيف يسري الى ما هو ليس بجزء **قلنا** الارش عوض عن الجزء الفايت فيها فيثبت حق ولي الجناية في عوض جزء منها فيستحقه كما يستحق الكل اذ الجزء معتبر بالكل اما الولد ليس بعوض عنها ولا من جزئها فلا يستحقه ولي الجناية اليه اشار في المبسوط **قوله** وابرأ العبد اي عن كل الدية لا عن قسطه في الدية وابرأ المولى ايضا لان زعمه لا يعمل على العاقلة وحاصله ان المجني عليه لما زعم ان الجاني حر كان زاعما ان موجب جنايته على العاقلة وان رقبته غير مستحقة له وزعمه معتبر فلم يكن له سبيل على اخذ العبد وكذا الاسي على المولى ايضا لانه لم يدع على المولى اعتاقا بعد الجناية حتى يصير المولى مختارا للفدا او مستهلكا حق المجني عليه بالاعتاق ولا شي على العاقلة ايضا بغير حجة وهو ظاهر ووضع

وضع المسئلة في المبسوط فيما جنى العبد خطا ثم اقر المجني عليه انه حر قبل الدفع اليه وجعل في الكتاب
الاقرار بالحرية قبل الجناية وبهما لا يتفاوتان اما لو اقر المجني عليه بحريته بعد الدفع يعتق لانه ملكه
بالدفع وقد اقر بحريته فيعتق باقراره اليه اشار في المبسوط **قوله** فالقول قول العبد اي مع يمينه
بالاجماع وعند الشافعي واحمد فيه وجهان احدهما وهو نص الشافعي ان القول للمولى مع يمينه
والثاني القول للجاني وكذا لو قال لسيده بعد عتقه اخذت مالك او قطعت يدك وانا عبدك
فقال السيد لا بل فعلت بعد العتق فالقول للعبد مع يمينه بالاجماع **قوله** اسنده الى حالة معهودة
اي معلومة منافية للضمان وهذا لان الوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فدا ولا يتصور
وجوب الضمان على العبد في مثل الخطا في حال رقيته و**قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر
للضمان ولا يقال قد ادعى العبد التاريخ سابقا في اقراره وهو عارض فالقول ينبغي ان يكون لمنكر
سبق التاريخ لانا نقول المصير الى هذا الترجيح بعد ثبوت السبب ملزما وههنا اضافه الى حالة غير
ملزمة فلم يكن هو مدعيا للتاريخ بالاضافة اليه بل منكرا لاصل المال عليه كمن يقول لعبده اعتقتك
قبل ان اخلق او قبل ان تخلق كذا في المبسوط **قوله** الا الجماع بان قال جامعتك وانت امتي او اخذ
منك غلة عملك وانت امتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول للمولى وقال محمد لا يضمن
المولى الا شيئا بعينه يعني لو اقر بأخذ شي بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه
اجمعوا فيه ان يرده عليها و**قوله** في الشي القائم اقر بيده اي بيد المأخوذ منه جواب عن المسئلة
المجمع عليها **قوله** التملك عليه اي على المأخوذ منه منكر **قوله** وعين المقر صحيحة يريد به
براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا والمقر له بقوله لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يدعي
وجوب نصف الدية عليه لما ان عضو التالف ان كان صحيحا ثم سقط سقط القصاص ولم ينتقل
حق المتلف الى الارش لان حقه ثبت ابتدا في القصاص من غير تخيير عندنا خلافا للائمة الثلاثة كما مر
لكن ذكر في الايضاح والذخيرة لا قصاص في العين اذا فقئت عمدا اذا انخسفت وانما يجب القصاص
اذا كانت قائمة وذهب ضوؤها وفي المنتقى لا قصاص في قلع الحدقة انما القصاص اذا ضربها وذهب
ضوؤها ولكن ذكر في الذخيرة بعد ذكر هذه الروايات محيلا الى الاجناس انه لو ضرب عين انسان
باصبع ضربة خفيفة فذهبت وقد تعمد ذلك ففيه القصاص فيحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية
قوله لانه ما اسنده اي المقر ما اسند سبب الضمان وهو الاخذ او القطع الى حالة منافية للضمان
او قطع يد عبده واخذ ماله سبب على الضمان على المولى في الجملة بان قطع يده في حالة الرهن او اخذ
ماله حال كونه مديونا فصار مدعيا براءة نفسه عن الضمان بعد اقراره بسبب الضمان فلا يصدق
الا بحجة كما في مسئلة فقا العين **قوله** لا يوجب العقر وكذا وطء الامة المرهونة لا يوجب العقر
لان حق الغرما لا يتعلق بمنافع بضعها لانها ليست بمال وكذا الاخذ غلتها لا يوجب الضمان عليه اذا كان
مديونا لانها بمقابلة منافعها وحق الغرما لا يتعلق بمنافعها لانها ليست بمال فكان منكرا لا مقرا كالوكيل
المعزول اذا قال بعته قبل العزل وسلمته وقال الموكل لا بل بعته وسلمته بعد العزل فالقول للوكيل
لانه منكر **قوله** واذا امر العبد المحجور عليه صبيا اي اذا امر العبد الكبير صغيرا حرا بقتل رجل
سواء كان العبد ماذونا او مكاتبا او محجورا فقيد بان يكون الصبي حرا لانه لو كان الصبي المامور عبدا
فمولاه مخير بين الدفع والفدا ويرجع مولاه على المحجور الامر بعد العتق بقيمة عبده وفي الكافي رجل امر صبيا
حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي في ثلاث سنين لوجود المباشرة منه وعمده وخطاؤه سواء
ثم عاقلة الصبي يرجعون على عاقلة الامر بما عقلوه لوجود التسبيب من الامر بوصف التعدي اذ لولا امره

لما تجاسر الصبي على القتل لضعف قلبه وكذا لو كان الامر عبدا محجورا او صبيا او مكاتبا وهو صغير
او كبير الا انه لا رجوع على الصبي الامر ابدا لقصور الاهلية فلم يؤاخذ بضمان الاقوال ويرجعون
على العبد الامر بعد العتق لكمال اهليته وعلى المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية
المكاتب كما لو كان المامور هنا عبدا محجورا او كان محجورين خوطب سيد القاتل بالدفع او الفدا
ويرجع بعد العتق بالاقل من الفدا وقيمة العبد لانه مختار في دفع الزيادة لا مضطر وانما يرجع بعد العتق
لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ في الحال بل يؤاخذ بعد العتق **قوله** ويرجعون
على العبد الامر بعد العتق وفي النهاية في هذه الرواية نوع ضعف لانه ذكر في جامعي المحبوبي والتمرتاشي
ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال ولا بعد العتق وان كان العبد ماذونا في التجارة لان هذا الضمان
ليس بضمان الغصب لان الحر لا يغصب وانما هذا ضمان جناية وجناية العبد لا تلزمه بعد العتق الا
ترى انه لو باشر الجناية ثم اعتقه المولى لا يطالب العبد بحكم تلك الجناية كذا ههنا بل بالطريق
الاولى لانه لما لم يؤاخذ العبد بعد العتق بموجب جناية باشرها في الرق وجب ان لا يؤاخذ
بموجب جناية امر بها بعد العتق بالطريق الاولى وهو ان امره بالقتل كالاقرار بالجناية لان
كلا منهما قول ولو اقر بالجناية لا يلزمه شي اصلا لا في الحال ولا بعد العتق سواء كان محجورا او
ماذونا لان الاذن بالتجارة اذن يختص بالتجارة والاقرار بالجناية ليس من توابع التجارة فكان
اقرار الماذون والمحجور سواء وهكذا ذكر في المغني محالا الى الزيادات فعلم ان ما ذكر في الكتاب
نوع ضعف لمخالفته هذه الروايات **قوله** والمامور عبد محجورا عليهما في النهاية الحكم
المذكور لا يقتضي ان يكون كلاهما محجورا بل يكفي كون الامر محجورا فان المحجور لو امر الماذون فالحكم
كذلك اما لو كان الامر ماذونا والمامور محجورا او ماذونا يرجع مولى المامور بعد الدفع او الفدا
على الامر في الحال بقيمة عبده لانه بامره صار غاصبا للمامور فصار كاقراره بالغصب والماذون
يؤاخذ بالاقرار بالغصب في الحال لا المحجور على ما ذكره في جامع المحبوبي والتمرتاشي **فان قيل**
الامر ليس بغصب لان الغصب يتحقق بالنقل والتحويل ولا يوجد ذلك في الامر **قلنا** اقيم الامر
مقام النقل كما لو امر عبدا ليحمل له حملا فحمله وهلك فيه يضمن الامر وان لم يوجد منه النقل
والتحويل واقيم الامر مقام النقل فكذا ههنا كذا ذكره المحبوبي **قوله** على ما بينا من قبل اي في
فصل الجنين **قوله** لانه غير مضطر في دفع الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من
الفدا وقيمة العبد لانه انما اتلف بامره ما هو الاقل منهما **قوله** ولا تصادق في الفدا الانه يجب في الذمة
والذمة صالحة ان تجب فيها اموال كثيرة وعن الامام حسام الدين انه   وانما لم ينتقل نصيب العافي
الى المولى كما في المسئلة الاولى لاختلاف جهتي الجنايتين هنا واتحادهما في الاولى ومنه منشا التفاوت في الحكم
وهو الانتقال وعدمه ويعرف بالتامل **قوله** وقالا يدفعه اربا عا الى اخره اصل هذا انما اتفقوا
عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغرمين في التركة كانت القسمة بطريق العول
والمضاربة لانه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت
قسمة العين ابتدا لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهو ان الفضولي لو باع عبد غيره بغير
امره وباعه فضولي اخر نصفه فاجاز المالك البيعتين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق
المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتدا لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لان العين الواحد يضيق عن
الحقين على وجه الكمال فكانت القسمة بطريق المنازعة ولما عرف هذا الاصل فقالا في مسئلتنا القسمة
بطريق المنازعة لان حق ولي العمد في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ العبد فيتعلق حق ولي الخطا

بهذا النصف بلا منازعه وبقي النصف الاخر واستوت منازعة الثالث وولي الخطا في هذا النصف فصار النصف بينهما بطريق المنازعة اتباعا كما في مسلة الفضولين ولابي حنيفه ان اصل حقهما عن مالية العبد في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمه في غير العين بطريق العول والمضاربه وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة الاف وحق غير العافي في خمسة الاف فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف لرجل والفان لاخر ومات المديون وترك الفا كانت التركه بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري ابتداء في العين اليه اشار في جامعي قاضي خان والمحبوبي **قوله** ولهذه المسلة نظاير واضداد ذكرناها في الزيادات في كتاب الدعوى في باب ما يدعيه الرجلان **قوله** فقال مولى لهما اي قريبا لهما كاخيهما او عمهما ويجوز ان يراد بالموالي الاقارب قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد عبد لهما اعتقاه فعفى احد المولين بطل حق الاخر في النفس والمال جميعا عنده وعندهما يقال للعافي ادفع نصيبك الى شريكك او افده بربع الديه ووجه قولهما مذكور في المكتوب على الحاشية على وجه النسخه ووجه قول ابي حنيفه ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فيقلب نصف هذا النصف مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فيقلب نصف هذا النصف مالا وهو الربع فلما احتمل هذا وذاك لا يقلب مالا بالشك لان المال لا يجب بالشك او يقول ان القصاص اذا صار مالا صار بمعنى الخطا ولو كان القتل خطا لا يجب شي فهذا مثله اليه اشار في الجامع الصغير **قوله** وذكر في بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير قول محمد مع قول ابي حنيفة كما ذكر في الزيادات وفي اكثرها مع قول ابي يوسف والله اعلم

فصل

لما ذكر حكم جنايه العبد شرع في حكم الجناية عليه وقدم الاول لان الفاعل مقدم على المفعول **قوله** اذا زادت قيمتها على الدية اي دية المراة الحره خمسة الاف الا عشرة وهذا ظاهر الروايه وروى الحسن عن ابي حنيفه انه خمسة الاف الا خمسه ويقول ابي حنيفه قال النخعي والشعبي والثوري واحمد في روايه عنه وابو يوسف اولا وقال اخرى يجب قيمته بالغا ما بلغت وهو قول الشافعي واحمد ومالك وابن المسيب وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري واسحق ومكحول واياس بن معويه والحسن لهم ان هذا ضمان يجب ماليته من حيث ماليته ولهذا يجب للمولى ولو كان الضمان من حيث الادميه ينبغي ان لا يجب للمولى لانه لا يملكه من حيث انه ادمي ولا يسمع قول من يقول ان الضمان انما يجب للمولى لكونه اقرب الناس اليه كما في استيفا القصاص اذا قتل عمدا اذ لا يلزم من ولايه استيفا القصاص ان الضمان له كالسلطان والاب فان لهما ولايه استيفا القصاص ولا يجب الضمان لهما لان مبنى القصاص على الولايه قال عليه الصلاه والسلم السلطان ولي من لا ولي له فاما استحقاق المال لا ينبني على الولايه بل على الارث اذا وجد سببه ولا يجري الارث بين المولى وعبده نعلم انه انما يستحقه لجبران فوات ماله كما في سائر الاموال ولانه لا يرثه لو كان الابن حرا فلو كان باعتبار الادميه ينبغي ان يرثه الابن كما اذا مات بعد العتق وله ابن ومعتق اذ الادميه لا تتفاوت بعد العتق وقبله ولهذا لو كانت قيمته اقل من الدية يجب القيمه ولا يبلغ الى الدية فلو كان باعتبار الادمية ينبغي ان يبلغ الى الديه وقد روي ان عمر وعليا وابن عمر اوجبوا قيمته بالغا ما بلغت والدليل على ان ضمانه ضمان المال انه يجب للمولى ويرجع الى تقويم المقومين ويختلف باوصاف المتلف في الحسن والجمال وسلامة الطرف كما في المال اما الدية لمقابلة النفسيه فلا يختلف بهذه الاوصاف ولانه لو قطع يد عبد يساوي الفين الفا يجب ضمان يده

خمسة عشر الفا نصف القيمه وهي زايده على ديه الحر فينبغي ان لا ينقص قيمته عن دية الحر والاطراف وهي ان ديه العضو اكثر من دية الكل ولنا قوله تعالى ودية مسلمه الى اهله وجه التمسك انه تعالى رتب على قتل الخطا حكمين الكفارة والدية والعبد داخل في حق وجوب الكفاره حتى لو قتل العبد يجب على القاتل الكفارة بالاجماع فيجب ان يكون في حق الديه كذلك لانه تعالى قال ومن قتل مومنا خطا والعبد مومن فيكون ما وجب بقتله الديه ولا يجوز الزياده على النص بالراي بان المراد مومن حر **قوله** ولان فيه اي في معنى العبد معنى الادمية حتى كان مكلفا اي بالايمان والشرايع التي يجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما لانه [illegible] والرق تعارض الكفر ولهذا يزول الماليه مع بقا الادميه بالاعتاق ويكون الماليه تبعا والمتبوع على من التبع فلا يجوز اهدار الاصل لمراعاة التبع مع ان في مراعاة الاصل مراعاة التبع دون العكس فانا لو جعلنا الضمان باعتبار النفسيه راعينا معنى الماليه ايضا اما لو جعلناه بمقابلة الماليه يهدر معنى النفسيه فكان ايجاب الضمان مقابلا بما هو الاصل ولهذا يجب القصاص في العمد ولا يجب باتلاف المال والمتلف في حال الخطا ما هو المتلف في حال العمد فعلم انه مضمون بكونه ادميا **فان قيل** لو كانت الادمية اعلاهما لما وجب القطع في سرقة العبد الصغير **قلنا** ان الماليه في الرقيق غير ساقطه اصلا بل هي معتبره الا عند تعذر الجمع **فان قيل** الجمع ههنا ممكن كما في المحرم اذا قتل صيدا مملوكا يجب قيمته والجزا ايضا فكذلك ههنا **قلنا** ثمه الجهة مختلفه فالقيمه ضمان المحل والجزا ضمان الفعل اما ههنا فالجهة متحده وهو ان الضمان بدل المحل فلا يمكن الجمع مع ان الحريه والماليه متنافيان فيكون التنافي بالتنافي بين موجبيهما كذا قيل وفي النهاية ولا معنى لقول من قال يجمع بين الماليه والنفسيه فعلنا بوجوب القصاص في [illegible] باعتبار [illegible] [illegible]ب المال في الخطا باعتبار الماليه لان لان المتلف في حال العمد والخطا [illegible] واحد فلو كان هنا طريق الى الجمع ينبغي ان يضمن الديه مع كمال القيمه او يستوي في القصاص في حالة العمد باعتبار النفسيه والقيمه باعتبار الماليه واحد لا يقول بذلك عرفنا ان المتلف في الحالين واحد ولا وجه للجمع مع ان بين الوصفين تضادا واما النقصان بدل النفس قد ينقص عن اعلى الديات باعتبار نقصان في المحل الا ترى انه ينقص بالانوثه وبالكفر عند اصل الخصم وبالاجتنان في البطن بالاتفاق فان بدل الجنين دون بدل المنفصل وان كان الواجب باعتبار النفسيه اذ لا ماليه في الجنين سوا كان حرا او مملوكا فكذا يجوز ان ينقص عن اعلى الديات باعتبار صفة المملوكيه لان تكميل الديه باعتبار صفة المالكيه ولهذا ابدل الانثى على النصف من بدل الذكر باعتبار نقصان مالكيه النكاح فانها لا تملك النكاح وتملك المال والرجل يملك كلها ولا يقال لو كان النقصان باعتبار المالكيه لنقصت دية العبد عن ديه المراة لانها مالكه له لانا نقول العبد باعتبار انه محل امانة الله تعالى لم يصر مالا وبقي على حكم الحريه وصحة النكاح تبتني على هذا الوصف لان عقد النكاح لا يجري بين الاموال وهو من هذا الوجه لا يملك الحرة نكاحا فصيرت المراه تبعا له في حق النفسيه وما ينبني عليها وقد ذكرنا ان معنى النفسيه معتبره عند التعارض فلما كان العبد هو المالك للحرة فيما يرجع الى النفسيه كانت ديه المراة انقص من ديه العبد التي تبلغ ديه الحر ولان قيمه العبد اذا كانت اقل من دية المراة تجب دون ديه المراة لانها تملكه واذا كانت اكثر من ديتها يجب اكثر لانه يملكها نكاحا قولا بالشبهين واما الجواب عن اثر عمر وعلي فمعارضه بقول ابن مسعود لا يبلغ قيمه العبد دية الحر وينقص منه عشره وهكذا روي عن ابن عباس وهذا كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس بل تعرف سماعا ولهذا رجحنا اثر ابن مسعود على ما رواه الخصم لانه ليس فيه ذكر المقدار بل فيه

قياس سایر الاموال فكان اثره مجهولا على انهم قالوا من رايهم وقياسهم ساير الاموال او يحمل ذلك
على ما اذا كانت قيمته فيما دون ديه الحر والحكم فيه كذلك واما وجوبه للمولى فلما ذكرنا انه
اقرب الناس اليه باعتبار مالكيته ماليته فيجعل في حقه كالواجب بمقابله الماليه واما الرجوع
الى تقويم المقومين فلاظهار الماليه التي يظهر النقصان باعتبارها مع ان الرجوع الى تقويمهم قد
يكون فيما يجب بمقابله النفسيه كحكومة العدل واما الجواب عن قطع يد عبد يساوي ثلاثين
الفا الى اخره ان ذلك قول ابي يوسف وديه العبد تقدر بالقيمه بالغة ما بلغت ولهذا قال محمد
في بعض الروايات القول بهذا يودي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله وهو قبيح
جدا فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة وقد قيل
ان جانب الماليه في الاطراف اغلب في الاحرار الا ترى ان الانسان لا يواخذ بواجب في حق الاطراف
وبالرق زاد معنى الماليه حتى لا يجري القصاص في اطراف العبيد لهذا ولا نجاوزه فقدر قيمة
الاطراف عن قدر الدية غير ممتنعه في نفسها الا ترى انه لو جدع انف حر خطا وجب ديه النفس
ثم فقا عينه وجب ديه اخرى وكذا في جميع اطرافه فيزيد ما يجب بمقابله الاطراف على الدية
باضعاف الاضعاف ولهذا قيل ديه الاسنان اكثر من ديه النفس بستة الاف **قوله** وبقا
العقد الى اخره جواب عما قال بقي العبد وبقاؤه بقا الماليه اصلا انما اذا كان باقيا او
بدلا انما اذا كان بالغا يعني بقا العقد بعد قتل العبد قبل القبض تبع انما بدله وهي انقلاب
القصاص مالا بالعفو والصلح فبقاؤه لا يدل على انه بقي لاجل الماليه بل بقي لاجل قايله وهي
تمكن المشتري من الصلح والعفو او وجوب الكفر عليه **قوله** الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته
رايا **فان قيل** قوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطا العمد الحديث مطلق فيتناول
الحر والعبد فيكون السماع فيه موجودا **قلنا** خص من ذلك الحديث المراه لانه يجب بقتلها
مائة من الابل فخص العبد منه لان المعنى المخصص موجود فيه وهو التفاوت في المالكية كالتفاوت
بين الرجل والمراة ولا يرد علينا ما روي عن علي وعمر وابنه لما بينا انه معارض بحديث ابن مسعود
رضي الله عنهم اجمعين وبينا انهم قالوا برايهم وقياسهم **قوله** ويعتبر العشره باثر عبد الله بن
عباس وفي بعض النسخ عبد الله بن مسعود وهو الصحيح لانه موافق لروايه المبسوط والاسرار
قوله خمسة الاف الا خمسة اي على خمسة الاف منقوصه بخمسة وفي النهاية هذا خلاف
ظاهر الروايه لانه ذكر في المبسوط ففي طرف المملوك تعتبر قيمة الماليه فقط ولهذا لا يضمن
بالقصاص ولا بالكفارة الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يودي الى ان يجب بقطع طرفه
ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة الاف الا خمسة
وذكر في الاسرار ان جانب الماليه اغلب وفي فتاوى الظهيريه وجامع المحبوبي ما يوافق اوليه المرجحث
قالا موضحة العبد مثل موضحة الحر تقضي بخمسماية درهم الا نصف درهم ولو قطع اصبع عبد عمدا
او خطا وقيمته عشرة الاف او اكثر تغليظ عشر الدية الا درهم فكان الشيخ اختار روايه محمد رحمه الله
قوله فلا قصاص فيه اي بالاجماع والا اي ان لم يكن له وارث غير المولى **قوله** وقال محمد لا قصاص
في ذلك وبه قالت الايمه الثلاثه الا ان عنده ثم يجب قيمته بالغة ما بلغت للسيد وعن احمد في روايه
يجب ديه الحر اعتبارا بحالة الموت وعند محمد يجب ارش يده وما نقصه القطع الى ان اعتقه المولى وبطل
الفضل اي باقي القيمه **قوله** في الوجه الاول اي فيما اذا كان له وارث غير المولى لاشتباه من له
الحق وهو المستوفي وجهالته تمنع وجوب القصاص لتعذر استيفايه كما لو باعه ثم مات عند المشتري كا

على القاطع ارش اليد وبطل السرايه كذا ههنا ولا يمكن افراد السرايه عن الجناية لان قطع يد العبد
لا يوجب القصاص فبطل الجنايه ضروره كذا ذكره قاضي خان **قوله** وفيه الكلام اي فيما اذا كان
له وارث غير المولى وقيل اي في وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام في اصل الوجوب والوجوب للاستيفا
الاستيفا فاذا فات مقصوده سقط اعتباره وقيل اي في تقدير الاستيفا **قوله** لان المالكين في
الحالين في حالة الجرح وحالة السرايه معناه ان المالكين لما كانا في الحالين فلو نظرنا الى حالة الجرح
يكون للمولى ولو نظرنا الى حالة الموت يكون للوارث فلو اجتمعا على استيفا القصاص بان يوكلا
رجلا بذلك ينتقل الفعل اليهما فيكون احدهما مستوفيا بلا حق **فان قيل** ينبغي ان ينتقل الفعل
الى من له الحق كما لو اجتمع ولي القصاص مع اجنبي ووكلا رجلا بالاستيفا فان الفعل ثمه ينتقل الى
الولي لا الى الاجنبي **قلنا** وضع المسئله ثمه فيما اذا كان عالما بانه اجنبي واما لم ينتقل حكم العلم
اما ههنا الوكيل لا يعلم صاحب الحق وعدم العلم كاف لنقل الفعل كما لو امر انسانا بان يذبح شاة غيره
والمامور لا يعلم انها لغيره ينتقل الفعل الى الامر لعدم العلم كذا ههنا بخلاف مسئله الوصيه لان المالكين
لما كانا في حالة واحده امكن جعلهما شريكين في ذلك كذا في المبسوط وفي الايضاح الموصى له بالخدمة لا
ملك له في رقبته والموصى له بالرقبه اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبه
تفوت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمه بفوات حقه
فيستوفيه الاخر **قوله** لانه الملك اي سبب ولايه الاستيفا الملك على اعتبار احدى الحالتين
وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى حالة الموت بعد العتق **قوله** فيما يحتاط فيه اي في الذي
لا يثبت مع الشبهات ويحترز به عن المال فانه يثبت مع اختلاف السبب كما لو اقر بالف من قرض وقال
المقر له من ثمن مبيع فانه يقضي بالالف وان اختلف السبب لان في الاموال يجري البدل والاباحة
فلا يبالى باختلاف السبب **قوله** لان الاعتاق قاطع للسراية حتى ان من جرح عبدا ثم اعتقه مولاه
ثم مات من تلك الجراحه ينقطع السراية فلا يلزم الجارح الديه ولا القيمه وانما يضمن النقصان وهذا
الحكم فيما اذا كان الجرح خطا بالاتفاق واما اذا كان عمدا فعند محمد كذلك لان المعنى الموجب بان
العتق يقطع السرايه وهو صيرورة النهاية مخالفه للبداية لا يعرف بين العمد والخطا لما ان الضمان
في الخطا قبل السراية للمولى وبعدها للعبد حتى ينفذ وصاياه وتقضى ديونه فكذا في العمد فان
استيفا القصاص للمولى باعتبار حالة الجرح بجهة الملك وباعتبار حالة الموت للورثه بجهة الوراثة
فكان اختلاف الجهه في العمد فيما اذا لم يكن له وارث غير المولى بمنزلة اختلاف المستوفي في الخطا
بل بالطريق الاولى لما ان سقوط القصاص بالشبهه دون سقوط الدية فلما قطع الاعتاق السرايه
في الخطا حتى لم يجب الديه والقيمه بالاتفاق فلان يقطع الاعتاق السرايه في حق القصاص حتى لا
يجب القصاص في العمد اولى لان سقوط القصاص مما يثبت بالشبهه دون سقوط الديه **قوله**
وبانقطاعها اي بانقطاع السراية يبقى الجرح بلا سرايه والسراية بلا جرح يعني كانه مات بافة
سماويه بلا جرح او جرح بلا موت فلا يجب القصاص في النفس ولا في الطرف لان القطع وجد وهو
عبد ولا قصاص في طرفه **قوله** تعينا بثبوت الولايه اي ولاية استيفا القصاص للمولى لما ان
المقضي وهو المولى معلوم والحكم وهو الاستيفا متحد فوجب القول به ولا معتبر باختلاف السبب
ههنا اي المسئلة الثانيه لانه لو لم يختلف انما يختلف فباعتبار حالة الجرح سبب استيفا المولى
الملك وباعتبار حالة الموت كان الاستيفا له ايضا لكن بسبب الولا ولا اعتبار له لان المقصود
وهو الحكم الذي هو استيفا القصاص متحد بخلاف تلك اي مسئلة الجاريه لان ملك الثمن يغاير

على القاطع

ملك النكاح حكما لان النكاح شرع للحل مقصودا والبيع لا يثبته مقصودا ولهذا اوجب الاستبرا في البيع ولا يثبت نسب ولد الامة بلا دعوه ويكون ولدها حرا وفي النكاح يثبت بلا دعوه ولا يكون ولدها منه حرا فهلاكها قبل الدخول والخلوة تتوكد المهر وفي البيع سقط كل الثمن اذا كان قبل القبض والبيع ينفسخ بالعيب دون النكاح والاختلاف في هذه الاحكام يوجب التغاير ولهذا لا يقضي بالحل والملك له و **قوله** والاعتاق لا يقطع السرايه لذاته الى اخره جواب عن قول محمد ان الاعتاق يقطع السرايه يعني الاعتاق لا يقطع السراية لذاته لانه فعل شرعي والسراية فعل حسي ولا اثر له في الفعل الحسي بل انما يقطع السرايه في الخطا باعتبار اشتباه من له الحق وتغير من له الحق الا انها تقطع للاشتباه يمتنع القضا بجهالة من له الحق بخلاف فصل العمد فان الواجب في الحالين وهو القصاص والمستحق في الحالين وهو المعلوب واحد لان القصاص انما يجب من حيث انه ادمي والعبد من حيث انه ادمي مبقي على اصل الحرية الا ان المولى يستوفي بحكم الخلافة عنه فاذا لم يكن وارثا غيره كان المولى متعينا للخلافة باي سبب كذا ذكره قاضي خان **قوله** فاوقع العتق على احدهما اي اظهر العتق الذي قال على وجه الابهام وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل على ان العتق لم يترك على احدهما معينا في حق الارش وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما فانه يتعين العتق في الحي بالموت والقتل لخروج الميت عن محل ايقاع العتق عليه والعتق المبهم في حق العين كالنازل عند البيان فلا بد من بقا المحل **قوله** لان العتق غير نازل في المعين لانه اوقع العتق في المنكر والمعين غير المنكر فلا يكون العتق نازلا في المعين **فان قيل** يشكل عليه ما لو اعتق احدهما عند الموت يعتق كله ولا يعتبر من الثلث فلو كان العتق المبهم غير نازل الا عند البيان ينبغي ان يعتبر من الثلث كاصل الاعتاق عند الموت **قلنا** لما كان اصل الايقاع في الصحة فقد تم الاستحقاق في حقه معتبرا من جميع ماله لانه لا تهمة في جانب المولى فلا يعتبر ذلك بما بعده عند الموت **فان قيل** ما الفرق لابي يوسف ومحمد بين مسئلة الكتاب وبينما اذا كانتا امتين والمسئلة بحالها لا يحل للمولى ان يطاهما مع انهما مملوكين في حق الشجة والعتق غير نازل لما ذكر في الكتاب ان الشجة فعل حسي والوطي فعل حسي ايضا تصادف المعين كالشجة **قلنا** الوطي تصرف لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه في احدهما دليل تعيين الملك فيها ومن ضرورته انتفا العتق عنها فيتعين في الاخرى وهذا لان فعل المسلم يحمل على الحل ما امكن ولا ضرورة في حق الشجة فبقيا على حكم الرق كما قبل الشجة **قوله** على ما عرف اي في الاصول ولان الاحد في قوله احد كما حر في معنى صفة كونه معرفة لاضافته الى المعرفة وهي الضمير فبالنظر الى هذا اظهار وصف كونه نكرة لانه موضوع لما يسحق غير معين فبالنظر الى هذا يكون انشا وفي المبسوط والاسرار هذا اذا قتلهما معا اما اذا قتلهما على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الاخر لورثته لان العتق تعين في الثاني وكذا اذا قتلهما رجلان معا او لا يدري الاول منهما فان علم القاتل الاول فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى القاتل الثاني دية الحر للورثة فان لم يعلم فعلى كل واحد من القاتلين قيمة عبد لما ذكرنا ان العتق غير نازل في المنكر ولا يتعين ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن وهو القيمة وفي القاتل الواحد اذا قتلهما معا يجب قيمة عبد ودية حر ان استوت القيمتان وان اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما لان البيان فات حين قتل وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما ولم يبين ذلك في الكتاب اي لم يبين محمد في المبسوط ان القيمتين للمولى او لورثتهما في صوره قتل الرجلين معا قيل النصف

للمولى

للمولى من كل واحد والنصف للورثه كما في قاتل واحد لان في حق المولى العتق ثابت في حق احدهما فلا يستحق بدل نفسه فتوزع ذلك نصفين عليهما لهذا ولو لم يقتلهما احد ومات المولى قبل البيان عتق من كل واحد نصفه وسعى في نصفه كذا في المبسوط وقد مر في العتاق و **قوله** ولان القياس معطوف على قوله والفرق ان البيان انشا الى اخره **قوله** فبقي مملوكا في حقهما اي في حق الاطراف **قوله** وقال الشافعي يضمنه اي المالك الغاصب كل القيمة ويمسك الجثة وهو قول مالك واحمد لانه اي الشافعي يجعل الضمان مقابلا ... ت وهو العينين وقد ضمانها بكل القيمة فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقا عيني حر فانه ياخذ كل الديه وجثته له **قوله** وهي اي الماليه معتبره في حق الاطراف لسقوط اعتبارها اي الماليه في حق الذات قصرا عليه اي لم يقتصر في حق الذات فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا يعني اقتصار اعتبار الماليه في الذات لا غير ساقط بل اعتبرت في حقهما جميعا وكان الواجب قيمة كل النفس لان فقا العينين اتلاف النفس معنى بتفويت جنس المنفعة فوجب ان يملكه عقيقا للمبادله اذ هو قابل للنقل كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد **قوله** ولما ان معنى الماليه لما كان معتبرا حتى كان الواجب من القيمة باعتبار الماليه فيزيد بزيادتها وينقص بنقصانها وجب ان يرجح جانب الماليه في اطراف العبيد ولهذا لا يتعلق القود بالجناية على اطرافه بحال ولا يتحمل العاقله وفي الجنايه على المال المالك مخير بين تضمين كل القيمه وتسليم العين وبين امساك العين وتضمين النقصان **قوله** ثم من احكام الاولى اي الادميه وانما قال الاولى اعتبارا بالابتدا لا بوضع الكتاب اي لا يقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كما لا يتوزع بدل النفس على النفس والفايت من الطرف لا يتوزع ومن احكام الثانيه اي الماليه ان يقسم اي موجب الجنايه وهو الضمان على الاجزا والجثه فيضمن نقصان القيمه وهو الذي وجب بمقابله فوات الاجزا ويمسك المولى الجثه كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما يعني بالنظر الى الادميه ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفايت لا غير وبالنظر الى الماليه ليس له ان ياخذ كل بدل العين مع امساك الجثه كما ليس له ذلك في المال قولا بالشبهين وفيما قالا الغا جانب الادميه اصلا واعتبار جانب الماليه كما في تخريق الثوب وفيما قال الشافعي الغا الجانب الماليه اصلا واعتبار الجانب الادميه لا غير حيث يقول بضمان كل القيمة والجثه للمولى من غير خيار والوسط العدل ما قاله ابو حنيفه لان فيه رعاية الجانبين وتوفيرا للشبهين اليه اشار في الاسرار

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر حكم جناية المملوك من كل وجه شرع في بيان جناية المملوك من وجه وقدم الاول لكماله **قوله** واذا جنى المدبر وام الولد الى اخره عند الشافعي المدبر كالقن في الجناية فكان في رقبته والمولى مخير بين ان يدفعه فيباع في الجناية وبين ان يفديه فلو اراد الفدا ففي الفدا قولان احدهما يفديه بارش الجناية بالغا ما بلغ وهو قول مالك في القن ورواية عن احمد كما في القن وفي الثاني يفديه باقل من قيمته ومن ارش الجناية وقد مر في القن وهو رواية عن احمد وقال مالك في المدبر لم يبع في جنايته وسلمت خدمته الى المجني عليه بقدر ارش جنايته ان شاء السيد وان شاء افتدى خدمته بقدر ارش الجنايه ولو استوفى المجني عليه خدمته بقدر ارش جنايته رجع الى سيده مدبرا وعندنا ضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما روي ان عبيدة الجراح قضى بجنايه المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وقضى بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وعند الشافعي ومالك واحمد في جناية ام الولد ضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش كمذهبنا لتعذر دفعه وبيعه بالاجماع **قوله** من غير اختيار الفدا لانه عند التدبير والاستيلاد ما كان يعلم انه يجني فصار كما لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم بالجناية و **قوله**

ولا يخير بين الاقل والاكثر جواب لسوال وهو ان يقال ينبغي ان يخير المولى بين الاقل كما انه يخير في
القن بين الدفع والفدا والارش والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع فقال لا يخير لانه لا يفيد في جنس واحد
قوله لا يوجب الا قيمة واحدة وعند الائمة الثلاثة هو كالقن وكذا في ام الولد عندنا وبه قال
قال الشافعي في قول وفي قول يفديها كلما جنت وهو اختيار المزني وقول مالك لم تعد حق في الجناية
في بيعها بالاستيلاد وقلنا القيمة فيهما بمنزلة عين العبد والعبد اذا جنى جنايات وجب دفعه بالجنايات
ولا يجب اكثر من ذلك فكذا ههنا كذا في الايضاح قوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة
ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه ومن صورته ما ذكره في المبسوط مدبر قتل رجلا خطا وقيمته
الف فازدادت قيمته الى الفين ثم قتل اخر خطا ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسماية ثم قتل آخر خطا
فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى عن الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا
قيمته الفان فسلم الالف من هذا المولى الاوسط خاصة لان لولي الجناية الاولى حقه في الالف لان قيمته
يوم جنايته وخمسماية من هذا الالف الثاني لولي الجناية الاولى والاوسط خاصة لان لولي القتيل الثالث
في حقه خمسماية لان قيمته يوم جنايته خمسماية ثم الاول والاوسط يضربون في الخمسماية التي بينهما
فيضرب الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف فيجعل الخمسماية
تسعة عشر سهما فيضرب الاول عشره والاوسط تسعة والخمسماية الباقية بينهم جميعا يضرب الاول
بعشرة الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه شي من حقه فلا يضرب به وكذا الاوسط لا يضرب بما اخذ في
المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه والثالث يضرب بعشرة فيها بعشرة الاف ولو قتل المدبر رجلا
خطا وقيمته الف فدفعه للولي بقضا ثم رجعت قيمته الى خمسماية ثم قتل اخر فان خمسماية مما اخذ الاول
للاول خاصة والخمسماية الباقية بينهما يضرب فيها الاول بعشرة الاف الا خمسماية والاخر بعشرة
الاف فيكون ذلك مقسوما بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانه يجعل كل سهم خمسماية سهمان لانه
اي المولى مجبور على الدفع لان القاضي يجبره على الدفع ولكن يرجع ولي الجناية الثانية على ولي القتيل
الاول فياخذ منه نصف القيمة اذا كانت قيمته في الحالين سوا قوله فالولي بالخيار اي ولي الجناية
الثانية بالخيار ان شا رجع على المولى بنصف قيمته ثم المولى يرجع على ولي القتيل الاول بما دفع الى الثاني
لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وهو نظير الوصي اذا قضى دين احد الغريمين
من التركة ولم يعلم بالدين الاخر او قضى دين غريم حدث دين اخر بسبب كان من الميت في حياته كذا
في شرح الطحاوي قوله وصار كما اذا دفع بالقضا لانه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القضا
وعدمه سوا كما في الرجوع في الهبة واخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها ولا يصير بالدفع متعديا
لانه حين دفعه لم تكن الجناية الثانية موجودة فلم يكن بهذا الدفع جانيا في حق الثاني لان السبب
الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد فلا يضمن له شيا قوله لان الثانية مقارنة اي للجناية
الاولى حكما من وجه لان المولى منع الرقبة من الدفع بالتدبير السابق وذلك في حق اوليا الجنايتين
سوا فيجعل في حقهم كانه دفع القيمة بعد الجنايتين جميعا وهناك ان دفع بالقضا جميع القيمة الى
احدهما لم يضمن الثاني شيا وان دفع بغير قضا كان للثاني الخيار فهذا مثله والدليل على ان المعتبر لهذا
ان للثاني حق المشاركة مع الاول في تلك القيمة ولا يكون ذلك الا باعتبار ما بينا وهو انه يجعل
كانه جنى عليهما في حالة واحدة كذا في المبسوط قوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التاخير
في ضمان الجناية حتى اعتبر بالقيمة يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق
تضمين نصف المدفوع قوله فصار وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة وعند الائمة الثلاثة الاعتاق

فيه كالاعتاق في القن واعتاق ام الولد كاعتاق المدبر عندنا والشافعي في قول قوله واذا
اقر المدبر الى اخره ولا نعلم فيه خلاف

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما
يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما قوله والفرق ان الغصب قاطع للسراية الى اخره
ذكر قاضي خان في جامعه قال بعض مشايخنا ان الغصب من اسباب الملك لما عرف من مذهبنا
ان المضمونات تملك عند اداء الضمان فاذا تخلل الغصب بين الجناية يقطع السراية كما لو تخلل
بينهما بيع وصار كانه غصب عبدا اقطع ومات عنده لا من القطع اما لو قطع يده عند الغاصب
صار مستردا للعبد ضرورة الاستيلا عليه عند القطع ولهذا لو قطع المشتري يد المبيع قبل القبض
يصير قابضا وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية فيبرا الغاصب عن الضمان ثم قال الا ان
هذا خالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب قضا او رضا لان
السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك وتبدل الملك عند تملك البدل اما قبله فلا نص عليه
ذكره في اخر رهن الجامع الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمته عبدا اقطع لان السراية وان لم تقطع
فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرا الغاصب عنه الا اذا ارتفع الغصب
ولم يرتفع لان الشي انما يرتفع بما فوقه او بمثله ويد الغاصب عليه حقيقة وحكما وثبت يد المولى
عليه باعتبار السراية حكما والثابت حكما دون الثابت حقيقة فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى
فعل المولى فصار عليه الضمان بخلاف ما لو جنى بعد الغصب يرتفع بها قوله كيف وانه اي الحال
انه المولى استولى عليه فكيف لا يكون مستردا قوله لان المحجور عليه مواخذ بافعاله اي في
حال رقه اما الاقوال فيواخذ به بعد العتق وكان ذكر المحجور احترازا عن الماذون فانه يواخذ
بالاقوال ايضا عندنا قوله قيمته بينهما نصفان اي ولي الجنايتين قوله من غير ان يصير مختارا لعدم
علمه وقت التدبير بجناية تحدث عنه في المستقبل قوله يدفعه يدفع المولى ما اخذ من نصف القيمة
من الغاصب ثم يرجع بذلك على الغاصب وعند محمد يسلم له اي للمولى وهو قياس قول الائمة الثلاثة
قوله فاذا وجد شيا اي اذا وجد ولي الجناية الاولى شيا في يد المالك فارغا اي من مزاحمة ولي الجناية
الثانية من بدل العبد ياخذه لانه مقدم على المولى واما ما قاله محمد رحمه الله من الجمع بين البدل والمبدل
فقلنا نعم كذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذه المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية
الاولى اما في حق المجني عليه هو عوض ما لم يسلم لولي الجناية الاولى فالاعتبار لمن يستقر عنده وهو
المجني عليه ومثله جايز كالذمي اذا باع خمره وتقضي به دين المسلم يجوز للمسلم اخذه لان الدراهم ثمن
الخمر في حق الذمي وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك حل له اخذها فعلم بهذا ان الشي الواحد يجوز
ان يكون بدلا عن عين في حق انسان وبدلا عن شي اخر في حق غيره قوله غير ان الاستحقاق ذكر
هذا الاستثنا لبيان الفرق بين المسالة الاولى والثانية عندهما حيث لا يرجع عندهما ايضا لانه انما
استحق عليه بسبب كان عنده فلا يرجع به على غيره قوله ثم وضع المسالة في العبد اي وضع محمد
هذه المسالة في الجامع الصغير في العبد بعد ما وضعها في حق المدبر لان كلتا المسالتين مذكورتان في
الجامع الصغير فالجواب كالجواب في المدبر الا ان المولى يدفع العبد وفي المدبر يدفع القيمة قوله
ويرجع به اي بذلك النصف الذي اعطاه الى ولي الجناية قوله ثم قيل هذه اي هذه المسالة على
الاختلاف اي الدفع الى ولي الجناية الاولى قوله فلا يودي الى ما ذكرناه وهو تكرار الاستحقاق
قوله غصب صبيا حرا اي لا يعبر عن نفسه ذكره في الكافي وذكر الغصب في الحر مجاز لان الغصب

لا يحقق الا في الاموال ولكن اراد به الذهاب بالصبي بغير اذن وليه **قوله** وهو اي القياس
قول زفر والشافعي وبه قال ملك واحمد **قوله** لكونه قتلا لا تسبيبا **فان قيل** يشكل عليه
المكاتب الصغير والحر الكبير الذي يعبر عن نفسه فانه لا ضمان فيهما بالنقل الى هذه المواضع بالاتفاق
قلنا المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا ذكره السعدي في شرح الزيادات واما الحر الكبير اذا نقله
الى هذه المواضع سطران تبعه غاصبه حتى اصابه ولم يمكنه التحرز عنه يضمن الغاصب لانه منعه عن
حفظ نفسه لا يضمن لان العاقل لو لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب
فلا يضمن كالمشي على البير مع العلم به فوقع لا يضمن الحافر بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن
اسباب التلف كالماشي على البير بغير العلم بالبير كذا ذكره المحبوبي **قوله** فعلى عاقلته اي عاقلة
الصبي الدية قيل المراد القيمة فيها صرح فخر الاسلام والصدر الشهيد رحمهما الله وآثر لفظ الدية لانها
بازاء الادمية والقيمة بازاء المالية وفي العبد بازاء الادمية عند ابي حنيفة ومحمد وفي شرح الطحاوي
اودع عند صبي مالا فهلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي ان كان الصبي ماذونا له
في التجارة يضمن الصبي بالاجماع وان كان محجورا ان قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير
اذن وليه فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف والشافعي
رحمهما الله يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالاجماع وبقول
ابي يوسف والشافعي قال ملك واحمد **قوله** وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاجماع وهذا في
ذكر فخر الاسلام في جامعه واما في غيره من شرح الجامع الصغير كجامع ابي اليسر وقاضي خان والمرغيناني
فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا انما اذا كان الصبي عاقلا فلا يضمن في قولهم **قوله** حقا متعلق
بقوله معصوما اي معصوما لاجل المالك فيجب عليه الضمان لان هذا ضمان استهلاك وضمان
الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سوا ولان ايداعه باطل لانه استحفاظ من لا يحفظ فكانه
لم يودعه وجاء اتلفه واستحفاظ من لا يحفظ تضييع المال وكانه القاه على قارعة الطريق ولو فعل
ذلك فاتلفه الصبي كان ضامنا فهذا مثله كذا في المبسوط كما اذا اتلفه غيره اي غير الصبي حيث يضمن
ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتا في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي
سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح وكان لكل واحد ولاية استهلاكه من غير ضمان **قوله** لان
لان العصمة ... حقا اي للمالك وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعه اي مانعه من
الايداع والاعارة في انه لا ولاية عليه فان الاصل ان كل يد مانعة على معنى انها تمنع يد غيره عليه
الا اذا اقام يد غيره مقام يده وهاهنا لم يقم يده مقام يده لعدم الولاية له عليه فكان التضييع من
جهته بخلاف البالغ والماذون له حيث يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصح الايداع
عندهما ونفذ صحة الايداع لو اتلف المودع الوديعة يضمن **قوله** لان عصمته لحقه اي عصمة
العبد لحق العبد لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك
حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى استهلاك عبده فلا يجوز ان يمكن غيره من الاستهلاك
فلما لم يوجد التسليط يضمن المستهلك سوا كان المستهلك صغيرا او كبيرا بخلاف ساير الاموال فان للمالك
ان يستهلكه شرعا فيصح تسليطه وانما لا يطلق له ذلك لكونه لفعل سفها لانه غير مملوك كذا في
الايضاح وفي الاسرار المولى حكم بين ما كان يملك قبل عتقه لانه اجنبي في حق روحه وحياته والعبد
فيه كالحر قال **ولو قيل** هذا الجواب يبطل بما لو كانت شاة يحفظها الصبي او العبد فانه لا يضمن
ورب الشاة ما كان يملكه **قلنا** انما يملك بحكم ملكه التصرف في حياتها فانه يذبحها

ولكنه لا يملك الجنو لانه تضييع للمال لا لانه اتلاف لم يصح وفي مسألة العبد لا يملك حياته ولا التصرف
فيها بحكم انه تضييع ولكن بحكم انه اجنبي عنه الا ترى انه لو اقر عليه بالقصاص لا يصح قوله اذ هو مبقى
على اصل الحرية في حق الدم فلما كان كذلك لم يصح الايداع في حقه اذ الحر لا يجوز ان يكون وديعة غيره
فلذلك لم يتناوله الايداع والتسليط **قوله** بالاضافة الى الصبي دون غيره لان التسليط وجد
في حق الصبي دون غيره فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من له القصاص فانه غير معصوم الدم
في حق من له القصاص ومعصوم في حق غيره فكذا هاهنا **فان قيل** يشكل عليه ما لو استهلك
الصبي الوديعة ثم استحقها مستحق وضمن الصبي فلم يرجع الصبي على الامر ولو كان الايداع منه
تسليطا لرجع عليه كما لو قال له اتلف هذا المال فاتلفه فاستحق فانه يرجع بما ضمن على الامر
قلنا لا يرد هذا السوال لان التسليط يمكن له باثبات يده لا بالامر وطلب استهلاك وكان نظيرا لو قال
للصبي ابحت لك ان تاكل هذا المال فاكل ثم استحق وضمنه لم يرجع على المبيح فكذا اذا اثبت يده عليه
لا يباح له بهذا ولا يكون محمولا على التصرف اما امره بالاتلاف فقد استعمله وحمله عليه الا ترى انه
لو كان عبدا غاصبا له بالاستعمال بامره واذا صار مستعملا له صار ضامنا له السلامة عن عهدة
ما باشره باستعماله **فان قيل** لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف ينبغي ان يضمن
الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها اذ المودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن
وكذا المودع مال الصبي الى الصبي لا يضمن اذا اتلف في يده ولو كان تضييعا بالتسليط ينبغي ان يضمن
قلنا انما لا يضمن بالوديعة اليه لانه في عياله ولو حفظ الوديعة بيد من في عياله فكانت يد الصبي
كيد الاب ولو هلكت الوديعة في يد الاب لا يضمن فكذلك في يد من في عياله الكل من الاسرار وجامع
المحبوبي وفي المبسوط لما ان رب الوديعة سلطه على ماله حين دفعه اليه وفي تفسير هذا التسليط نوعا
من الكلام تسليط باعتبار العادة اذ عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما
مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالاذن له في الاتلاف وقوله احفظه لا يخرج عن كونه اذنا له بالاتلاف
لانه خاطب بهذا من لا يحفظ فهو كتقديم الشعير بين يدي الحمار وقال لا تاكل بخلاف العبد والامة لانه ليس من
عادة الصبيان قتلهما لانهم يهابون القتل فلا يكون اقدامه تسليطا على القتل اما في الدابة فانهم يركبون
الدواب فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة والاصح ان يقول معنى التسليط تحويل يده في المال
اليه فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده صار متمكنا من استهلاكه
بالغا كان المودع او صبيا الا ان قوله احفظه هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح
في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه التزام بالعقد والصبي من اهله فيبقى التحويل على الاستهلاك بتحويل
اليد مطلقا بخلاف العبد والامة فانه باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الادمي فتحويل اليد لا يكون
تسليطا على قتله

باب القسامة

لما بين احكام
القتل شرع فيما يؤول امر القتل في بعض الاوقات ثم من محاسن القسامة خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص
وصيانة دم المقتول عن الاهدار بايجاب الدية وتعظيم امر الدما بتكرار الايمان وعشر الخمسين ثبت
بالاحاديث المشهورة ثم القسامة لغة مصدر اقسم قسامة او اسم وضع موضع الاقسام على بنا الغرامة
والحمالة ثم قيل للايمان المكررة في دعوى القتل على اهل محلة او دار او موضع قريب منها في الشرع
وقيل اهل اللغة يذهبون الى انها القوم الذين يحلفون سموا بالمصدر كما يقال رجل عدل واي
الامرين كان فهو من القسم الذي هو الحلف وسببها وجود القتيل في المحلة او فيما في معناها وركنها
قولهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا وشرطها ان يكون المقسم رجلا بالغا حرا والنسا لا يدخلن في

القسامة عند اكثر اهل العلم الا عند ملك فانه قال لمن يدخل في القسامة الخطا دون العمد وحكمها
القضا بوجوب الدية بعد الحلف سوا كان الدعوى في القتل الخطا او العمد عند اكثر اهل العلم
وقال ملك والشافعي في القديم واحمد ان كان الدعوى في القتل العمد اذا حلفوا الاوليا بعد
يمين اهل المحلة يستحقون القود كما يجي والاصل في القسامة ما روى يحيى بن سعيد الانصاري عن بشير
ابن يسار عن سهل بن ابي حثمة الانصاري ورافع بن خديج ان محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا
الى خيبر فتفرقا في النخل فقتل عبد الله بن سهل في قليب من قلب خيبر فاتهموا اليهود فجا اخوه عبد
الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة الى النبي صلى الله عليه وسلم فتكلم عبد الرحمن في امر اخيه وهو اصغرهم
فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر او قال ليبدا الاكبر الاكبر فقال عليه الصلاة والسلام تبريكم اليهود
بايمانها فقالوا يا رسول الله لا نرضى بايمان قوم كفار فقال صلى الله عليه وسلم احلفون وتستحقون دم صاحبكم
فقالوا انحلف على امر لم نشهده فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يطل دمه فوداه من ابل
الصدقة متفق عليه **قوله** ولا يعلم من قتله ويشترط ان يكون في القتيل اثر القتل من جراحة او ضرب او
خنق اما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية يحلفهم الولي بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا هذا
بطريق الحكاية عنهم اما عند التحليف يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ولا يحلف
بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجتري بيمينه بالله ما قتلنا **فان قيل** يجوز ان يجتري
ايضا في قوله ما قتلت على يمينه لجواز انه قتله مع غيره **قلنا** اذا قتله مع غيره فكان في يمينه ما
قتلته كاذبا فان الجماعة متى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد
منهم في العمد والكفارة في الخطا **قوله** وقال الشافعي استحلف الاوليا خمسين يمينا قبل يمين اهل
المحلة ثم يقضي بالدية على المدعى عليه عمدا كان او خطا وهو قوله الجديد وقال ملك واحمد والشافعي
في القديم اذا استحلف الاوليا وحلفوا استحقوا القود في دعوى العمد على المدعا عليه جماعة كان
او واحدا وشرط اللوث عندهم وعند عدم اللوث فهي كساير الدعاوي واللوث من لوث الماء كدره
ولوث ثيابه بالطين فتلوثت ومنه قولهم لوث وعداوة اي شر وطلب بحقد والمراد به عندهم
قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من اثر الدم
على ثيابه وغيره كما ذكر في المنظوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
ولان الاصل براة ذمة المدعى عليه ولم يظهر كذبه فكان القول قوله كساير الدعاوي وسن القسامة
في القتيل الذي وجد بخيبر على خلاف الاصل وهنا عداوة ظاهرة فيقتصر عليه ولنا ان عمر رضي الله
عنه قضى بالقسامة والدية في قتيل وجد بين وادعة وارحب على وادعة لان القتيل اليها اقرب
فقالت وادعة يا امير المومنين لا ايماننا تدفع اموالنا ولا اموالنا تدفع ايماننا فقال عمر ايمانكم حقنت
باموالكم دماكم واغرمكم الدية بوجود القتيل منكم ووادعة قبيلة من همدان وفي بعض الروايات
وجد قتيل بين حيين وقولهم قول النبي اولى من قول عمر مسلم اذا دل قوله عليه الصلاة والسلام قطعا
ولا يكون محتملا **قوله** القصاص لا يجامعها اي لا يجامع الشبهة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة
على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى الزهري عن ابن المسيب قال انه
صلى الله عليه وسلم بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم **قوله**
ولان اليمين حجة الدفع الى اخره قد يسامي الدعوى ان اليمين ليست بحجة صالحة للاستحقاق وليس فكيف
تصلح حجة صالحة للاستحقاق في نفس محترمة خصوصا في موضع يتبين بان الحالف يجازف يحلف ما لم
يعاينه بامر محتمل وهو اللوث وانما شرعت اليمين لابقا ما كان على ما كان فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقا

واما رواية احلفون وتستحقون دم صاحبكم لا تكاد تصح هذه الرواية وقد قالت جماعة من اهل الحديث
اوهم سهل بن حثمة ما قال صلى الله عليه وسلم احلفون وتستحقون دم صاحبكم ولو ثبت فانما قال
على سبيل الاستفهام لا على طريق الحكم والامر لهم بذلك يعني واستحقون دم صاحبكم لانه معطوف
على الاول فشاركه في الاستفهام اذ لو كان على سبيل الحكم لقال احلفون فتستحقون دم صاحبكم
كما يقال اتدخل الدار فتبصر الامر بالنصب اريد به التعلق بالحكم واذا اريد به الاستفهام يرفعه
قبل اتدخل الدار وتجلس فيها بالرفع اي تجلس فيها بعد الدخول والاستفهام استخبار عن فعله
اتفعله ام لا وليس بيان انه يجوز له ذلك او هو محمول على الاستفهام بطريق الانكار كقوله تعالى
اتاتون الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من ازواجكم فكذلك قوله احلفون معناه لا
تحلفون كقوله تعالى تريدون عرض الدنيا معناه اتريدون وكانه صلى الله عليه وسلم راى منهم الرغبة
في حكم الجاهلية حين ابوا ايمان اليهود بقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر
فلما عرفوا الكراهية صلى الله عليه وسلم لذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على امر لم نعاين ولم
نشاهد كذا في المبسوط والاسرار وقد روى الطحاوي عن الزهري انه صلى الله عليه وسلم قضى
بالقسامة على المدعى عليهم وانما اخذ القسامة عن ابي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن
اناس من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وكان هذا انما اخذ وقد وافق ذلك ما رويناه عن عمر مما
فعله وحكم به بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد اما انه وداه عليه الصلاة والسلام بمائة من ابل
الصدقة قيل انما وداه لانه يجوز الحمالة عن اهل الذمة فان قضا دين الغير بره واهل الذمة من اهل
البر اليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات اليهم وصدقة التطوع ولا يجوز صرف الزكاة الا على سبيل
الاستقراض على بيت المال كذا في المبسوط **قوله** لانه يمين وليس بشهادة ولهذا احترز عن اللعان حيث
لا يجوز اللعان منهما لما ان اللعان شهادة والمحدود والاعمى لا شهادة لهما اما هذه فيمين مجرد كذا
في المبسوط **قوله** على اهل المحلة بالدية اي على عاقلتهم فانه ذكر في المبسوط يقضى على عاقلة اهل
المحلة في ثلاث سنين لان حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطا والدية هناك على العاقلة في
ثلاث سنين فهنا اولى وذكر في اختلاف زفر ويعقوب قال زفر في القسامة والدية على العاقلة
وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم لان التحمل يجري في الدية ولا يجري في اليمين
قوله وقال الشافعي لا تجب الدية اذا حلف المدعى عليهم وبه قال ملك واحمد والليث وابو
ثور وعندهم شرعت اليمين في حق المدعين اولا فيحلفون خمسين يمينا ويبرى من الدية واذا لم يحلف
قضى بالدية بيمين المدعين يعني يرد اليمين على المدعين عند الشافعي وبعد حلفهم يقضي بالدية وعند
احمد يقضي بالدية بمجرد نكوله وعن احمد في رواية ان المدعى عليهم يحبسون حتى يحلفوا وهو قولنا
قوله تبريكم اليهود بايمانها قال عليه الصلاة والسلام في اخر حديث سهل بن حثمة ولان اليمين مبرية
في ساير الدعاوي فكذا هنا ليكون موافقا للاصول ولنا انه عليه الصلاة والسلام جمع الى اخره روي
ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام كتب الى يهود خيبر حين كلمته الانصار ان هذا قتيل وجد بين اظهركم
فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرايل فانزل الله تعالى على موسى
امرا فان كنت نبيا فاسال الله مثل ذلك فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهم ان الله تعالى اراني
اراني ان اختار منكم خمسين رجلا يحلفون ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد
قضيت فينا بالناموس اي بالوحي وروى ابو داود في حديث سهل بن حثمة انه عليه الصلاة والسلام
لما كتب الى اليهود قال فدوه وكتبوا احلفوا بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا فوداه رسول الله

صلى الله عليه وسلم من عنده وروى خصيف عن زياد بن ابي مريم انه قال جاء رجل الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال عليه الصلاة والسلام اختر من شيوخهم خمسين
رجلا يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فقال الرجل وليس لي من اخي الا هذا قال نعم ومائة من
الابل وقضى عمر رضي الله عنه في قتيل بين وادعة وارحب كما ذكرنا ولم يعرف له من الصحابة مخالف فكان اجماعا
وتاويل قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود باعيانهم ما ذكر في المتن **قوله** او وجبت اي الدية بتقصيرهم
في المحافظة يعني قصروا في صيانة المحلة صاروا كالمتسببين في القتل فانه لولا تقصيرهم لما وقع هذا
الامر والتسبيب موجب للدية وهذا يجب على عاقلة اهل المحلة كما ذكرنا من رواية المبسوط **قوله**
وكذلك الجواب بدعليه الى اخره هكذا في بعض النسخ وهو الاصح لانه احال على هذا المذكور في هذه
المسئلة بعد هذا في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة وقد
ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان **قوله** فكرر اليمين على رجل منهم لان الذين جاؤا اليه
من اهل وادعة كانوا تسعة وارسل رجلا فحلفوا واختار واحدا منهم وكرر اليمين وقد اجمع اهل العلم
على ان ايمان القسامة خمسون يمينا على ما جاءت به الاحاديث الصحيحة ولا نعلم احدا خالف فيه **قوله**
ولا امراة وعبد ولا خلاف في ان الصبي والمجنون لا يقسمان في القسامة وكذا النساء اذا كن من اهل القرية
لم يستحلفن وبه قال احمد وربيعة والثوري والاوزاعي وقال مالك النساء مدخل في القسامة الخطا
دون العمد قال ابن القاسم لا يقسم الا اثنان فصاعدا كما انه لا يقبل الا شاهدين وقال الشافعي
يقسم كل وارث بالغ لانها يمين في دعوى فيشرع في حق النساء قال لا مدخل في عمد ولا خطا لقوله عليه
الصلاة والسلام يقسم خمسين رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم وان كانت امراة هي المدعى عليها ينبغي
ان يستحلف على قول الثلاثة لانها لتبرئتها منه فيشرع في حقها اليمين كما لو لم يكن لوث وكذا في المغني لابن
قدامة وقلنا انهم اتباع لا يقوم الذب بهن وانما اليمين على اهل النصرة **قوله** فان وجد قتيل لا اثر به
لا قسامة ولا دية وبه قال احمد في رواية وحماد والثوري وقالت الائمة الثلاثة الاثر ليس بشرط بعد
ثبوت اللوث لانه صلى الله عليه وسلم لم يسال الانصار هل كان بقتيلهم اثر او لا ولان القتل يحصل بما لا اثر له
كعصر الخصيتين وضرب الفؤاد فاشبه من به اثر وقلنا القسامة والدية تعظيما لامر الدم وصيانة
عن الهدر وذلك في القتل دون الموت حتف انفه والقتل يعرف بالاثر فاذا لم يكن به اثر يمكن ان
يكون مقتولا ويمكن انه مات حتف انفه فلا يحكم بالشك **قوله** لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
فان قيل الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق حتى لا يجب دية في ذكر الصبي ولسانه اذا لم يعلم صحته
مع ان الظاهر سلامتهما **قلنا** الجنين نفس من وجه عضو من وجه فاعتبرنا جهة النفس اذا انفصل
حيا فيستدل عليه بتمام الخلق واذا انفصل ميتا اعتبرنا جهة العضو فيستدل عليه بنقص الخلق فكان
الظاهر ههنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة وله اثر الجراحة وان كان يحتمل انه مات حتف انفه لا بالجراحة
اما الاعضاء يسلك بها مسلك الاموال ولا تعظيم للاموال كتعظيم النفوس وكان فيها شبهة المالية
فلم توجب الدية التي لها خطر الا عند التيقن **قوله** فالدية على عاقلته اي عاقلة السائق سواء كان
السائق مالكا للدابة او لا وكذا اذا كان قائدها او راكبها لانه هو المختص بتدبير هذه الدابة وباليد
عليها ولهذا يضمن ما اوطات ولو وجد القتيل عليها ولم يكن على الدابة احد فهو على اهل المحلة الذين وجد
فيهم القتيل لان وجوده عليها كوجوده في الموضع الذي وجد فيه الدابة وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول
انه كان يفصل الجواب ويقول ان كان السائق يسوق الدابة مختفيا سرا فالقسامة عليه لان الظاهر هو القاتل
وان كان يسوقها غير مختف نهارا جهرا فلا شيء عليه لان الانسان قد يحمل اباه او ابنه او احدا من اقاربه

ميتا وينقله الى بلده ليدفنه وظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الدابة
والدار حيث جعل الدية والقسامة على مالك الدار وههنا على السائق سواء كان مالكا او لا فان بعض
مشايخنا الفرق ان التدبير والتصرف لصاحب اليد في الدابة والعبرة في هذا الباب للتدبير والتصرف
وفي الدار التدبير والتصرف يكون للمالك ما دام مالكا لانه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك لانه
وان اجرها فالمؤنة على المالك فيكون القسامة عليه وفي الدابة على صاحب اليد لان تدبيرها في يده
ولهذا تزول يده بالاجارة وبالاتلاف فيكون على ذي اليد وقال بعض مشايخنا هذا الذي ذكر في
الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول السائق والقائد اما اذا كان لها
مالك معروف فالقسامة على المالك كما في الدار فلو كان ذو اليد مالكا ظاهرا فالقسامة والدية عليه
فلو اراد ان يحوله الى غيره لا يقدر كما في الدار اذا اقر ذو اليد ان الدار لغيره ولم يكن المقر له مالكا
معروفا للدار لا يصدق كذا في المبسوط والذخيرة **قوله** فامر ان يذرع وهو في حديث ابي سعيد الخدري
ان قتيلا وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر ان يمسح بينهما فوجد الى احد
الفريقين اقرب بشبر فقضى عليهم بالدية والقسامة كذا في المبسوط وادعة وارحب قبيلتان من همدان
قوله فالقسامة اي الايمان عليه اي على صاحب الدار سواء كان مالكا او مشتريا لان التدبير في
الحفظ اليه وقال مالك لا قسامة ولا غرامة في قتيل وجد في دار قوم وقال الشافعي يكون بعد اللوث
وفي شرح الاقطع صاحب الدار مع اهل المحلة كاهل المحلة مع اهل المصر ولم يدخل اهل المصر مع
اهل المحلة **قوله** وهو قول محمد وانما لم ينقل عند ابي حنيفة ومحمد لتظهر اصالة ابي حنيفة رحمه
الله في هذا القول فانه قال في الاسرار قول ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقال قول محمد مضطرب
وقال ابو يوسف هو عليهم اي على المذكورين في القسامة على السكان والملاك وبه قال الشافعي واحمد
وابن ابي ليلى وكان ابو يوسف يقول اولا كقولهما ثم رجع **قوله** وان كانوا سكانا ولم يكونوا ملاكا
لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر الى اليهود معاملة بالنصف **قوله** لان سكنى الملاك الزم فان
السكان ينتقلون في كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك وتوجه الشفعة بالملك دون السكنى
واخذ الشفعة من الغنم مختص بالملك فكذا ما يكون من الغرم مختصا بالملك **قوله** واما اهل خيبر الى
اخره هذا جواب عن تعلقه بحديث خيبر روى سهل بن ابي حثمة ان خيبر لم يزل كان في ايدي اليهود بالصلح
بدليل انه عليه الصلاة والسلام كتب الى اليهود هذا قتيل وجد بين ابياتكم فقد اضاف الابيات اليهم
ولو كان بعد الغنم لكان ملكا للمسلمين فلا تضيف الابيات اليهم ولو كانت هذه القصة بعد فتح خيبر يحتمل انه
صلى الله عليه وسلم من به ذلك لتركها عليهم بالخراج وللامام ذلك والدليل على صحة هذا ان عمر رضي الله عنه
لما اجلاهم من خيبر عوضهم ولو لم يكن كذلك وكان للمسلمين لما اشتغل عمر الى اعطاء العوض **قوله** وهو على
اهل الخطة اي المذكور من وجوب القسامة والدية على اهل الخطة يريد به ما خطه الامام حين فتح البلد
وقال ابو يوسف الكل مشتركون وهو قول الائمة الثلاثة وابن ابي ليلى **قوله** والولاية اي ولاية الحفظ
باعتبار الملك وقد صاحب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف اسباب الملك كاستحقاق الشفعة فانه مبني على الملك
ولا تفاوت فيه بين اهل الخطة والمشترين فكذا ههنا **قوله** هو المتعارف فان العرف ان اصحاب الخطة
يقومون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشترين بخلاف الدار فان فيها اهل الخطة والمشتري سواء لان عمارة
ما استوى فيها واجارتها واعارتها متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقيل ابو حنيفة رحمه الله
بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة اي من عادة اهل الكوفة في زمانه فان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون
بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك وقوله لما سنا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص

بنصره البقعه **قوله** فهو اى المذكور من القسامة والديه على المشترى بلا خلاف لان الولايه الهم
عندهما او خلصت لهم اى عند ابى يوسف وكذا قوله لزوال من يقدمهم عندهما او يزاحمهم على قول ابى
يوسف **قوله** واذا وجد قتيل فى دار فالقسامه على رب الدار الى اخره وفى الذخيره فالديه على
عاقله رب الدار باتفاق الروايات والقسامه على صاحب الدار فى روايه وفى روايه على عاقله
رب الدار والكرخى يوفق بينهما ويقول الروايه التى يوجب القسامة على رب الدار محمول على
ما اذا كان قومه غيبا والاخرى على ما اذا كان قومه حضورا ولكن ذكر فى فتاوى العتابى كما ذكر فى
الكتاب ويقول ابى يوسف قال الشافعى واحمد **قوله** وهذا عند ابى حنيفه ومحمد هذا من مسايل
الجامع الصغير فابو حنيفه اعتبر اليد ومحمد الملك واجمعوا على ان وجوب الضمان متعلق بولاية
الحفظ فبعد ذلك ابو حنيفه حققه القدره ثبتت باليد لان ملك اليد سبب اليد فاذا كان الملك
لاحدهما واليد لاخر فاعتبار اليد اولى بخلاف ما اذا اجتمع السكان مع الملاك فان القسامة على
الملاك لا على السكان مع وجود يد السكان فان اليد ثابت للملاك ايضا ورجح جانب الملاك فلا
تزاحمه يد السكان والولايه اى ولايه الحفظ تستفاد من الملك فلهذا كانت الديه على عاقله صاحب
الدار دون المودع والمستعير والمستاجر والغاصب والمرتهن حتى امتنع وجوب الدين على هولا
لهذا المعنى والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وكان الضمان من تلك الملك كان عليه
بخلاف ما لو جنى العبد فى البات قبل القبض حيث يخير المشترى بين رد البيع وامضايه وههنا لا
يخير لان الدار لم تصر مستحقه بوجود القتيل فيها بل يجب الضمان على عاقله المشترى فلا يكون الاستحقاق
بمنزله العيب اما العبد اذا جنى فى يد البايع يخير المشترى لان العبد يصير مستحقا بالجناية والاستحقاق
من افحش العيوب وقد حدث ذلك فى يد البايع فيخير المشترى وله القدرة اى على الحفظ باليد
لان الغصب لا يتحقق فى العقار عند ابى حنيفه وابى يوسف وفى يد المرتهن فالولا روايه فيه وصدقه
الفطر يجب باعتبار الملك لا باعتبار الحفظ الا ترى ان صدقه فطر المغصوب يجب على المالك لا على
الغاصب اما ضمان الجناية كما يجب على المالك يجب على الضامن بل عند اجماعهما يكون قرار الضمان
على الضامن فى ضمان الجنايه حتى ان المغصوب او المرهون اذا جنى فى يد الغاصب والمرتهن ولحقا
المولى الدفع يكون قرار ذلك على الضامن كذا فى جامع قاضى خان والمحبوبى **قوله** فهو فى يده مضمون
اى لو كان الخيار للبايع والمبيع فى يد المشترى ضمن عليه بالقيمه واحترز عنه بالمودوع فالقسامة
على المشترى ايضا لانه باليد يتولى الحفظ والتدبير **قوله** لم يعقله العاقله حتى يشهد بربه اذا
انكرت العواقل انها ملك ذى اليد ويقولون انها وديعه عنده كذا فى جامع الكرابيسى والمحبوبى وهذا
لما عرف ان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فلا بد من اقامة البينة
كما فى استحقاق الشفعة لا بد من اقامه البينه على الملك لهذا وفى الاصح قبل الجواب على قولهما اما على
قول ابى يوسف بمجرد السكنى واليد كاف للقسامة والدية بدون الملك وفى جامع الكرابيسى اعتبر
ابو حنيفه يد الملك لا مجرد اليد فى المسلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا
عليه **قوله** لانها اى السفينه فى ايديهم لما ان المركب فى يد الراكب فكذا السفينه فى يد من فيها
واللفظ وهو قوله على من فيها شمل اربابها اى يشمل ملاكها وغير ملاكها **قوله** على ما روى عن ابى
يوسف ظاهر لانه يدخل السكان فى القسامة مع الملاك **قوله** كما فى الدية يعنى فى القتيل الموجود على
الدابة يعتبر اليد دون الملك لانها تنقل وتحول فكذا فى السفينه يعتبر اليد لا الملك ثم ذو اليد عليها
سوا كذا فى المبسوط وفى مبسوط شيخ الاسلام قال بعض المشايخ انها يدخل الركاب اذا لم يكن للسفينة

مالك معروف فان كان يجب القسامة على المالك ومنهم من يقول يجب فى الحالين على الكل ومثل هذا
التفصيل من اختلاف المشايخ مذكور فى الدابه وفى الذخيره المعتبر فى هذا الباب التصرف والراى
والتدبير وكل ذلك مفوض الى صاحب الخطة فى الدار لان يده غير منقطع عنها ولهذا لا يتحقق الغصب
فيها بخلاف الدابة والسفينه فان الراى والتدبير الى الكل **قوله** والشارع الاعظم فى المغرب
الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس عامة على الاسناد والمجازى او هو من قولهم شرع الطريق
اذا تبين فلا قسامه فيه لان المقصود بالقسامه نفى تهمة القتل وما لا يتحقق فى حق جماعة المسلمين
فانه روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما فيمن قتل فى زحام الناس بعرفة فجا اهله الى عمر فقال بينتكم
على من قتل فقال على يا امير المومنين لا يبطل دم امرى مسلم ان علمت قاتله والا فاعط ديته من بيت
المال وكذا اذا وجد فى زحام مسجد الجامع يوم الجمعه وهو قول احمد ومالك ديته هدر لانه لم
يعلم له قاتل ولا وجد له لوث يحكم بالقسامه فيه وفى مثله عن عمر بن عبد العزيز ان من القضايا
الا فى دار الاخرة وهذا منها وعند الشافعى الزحام لوث فعند الايمة الثلاثه يعتبر اللوث ففى كل موضع
يتحقق فيه اللوث يكون فيه القسامة والا لا وفى الذخيره لو وجد فى مسجد جماعة فى السوق هو لعامة
المسلمين لا الى اهل هذه السوق فهو كمسجد الجامع **قوله** فعند ابى يوسف يجب على السكان سوا كانوا
ملاكا او لا على ما مر **قوله** ست فيها فعلى بيت المال وانما اراد به ان يكون بعيدا من المحال اما
الاسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظه بحفظ اهل المحله وكذا فى السوق النائى اذا كان يسكنها
فى الليالى او كان لاحد فيها دار مملوكه يكون القسامة والديه عليه لانه يلزمه صيانه ذلك الموضع
فيوصف بالتقصير فيجب موجب التقصير كذا فى مبسوط فخر الاسلام وفى المستصفى وجد قتيل فى صف
من السوق فان كان اهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فديه القتيل عليهم والا فالديه على ملاك
الحوانيت كذا فى الذخيره والمغنى **قوله** وعلى قول ابى يوسف الديه والقسامه على اهل السجن
وبه قالت الايمة الثلاثه اذا كان هناك لوث **قوله** ما يجب لاجل النصره اى لاجل تلك النصرة
قوله قالوا اى المشايخ هذه اى هذه المسله فرعه الملاك والسكان فكانها جعلا عاقة المسلمين
كالملاك واهل السجن بمنزله السكان كذا فى شرح الارشاد **قوله** ليس بقربها عمارة فهو هدر وبه
قالت الايمه الثلاثه اذا لم يكن لوث وفى مبسوط خواهر زاده هذا اذا وجد فى فلاه انقطع عنها
منفعه المسلمين اما اذا لم ينقطع فيجب الديه على بيت المال لانه يكون تحت ايديهم ورايهم وتدبيرهم
و**قوله** وقد بيناه اشاره الى مسلة دابة مرت بين قريتين وعليها قتيل **قوله** وان وجد فى
شط الفرات وذكر الفرات ليس للتخصيص بل المراد به النهر العظيم ولهذا صرح فى المبسوط بقوله
واذا وجد القتيل فى نهر عظيم يجرى به الما فلا شى فيه وهكذا ذكر فى الذخيره وفى مبسوط شيخ
الاسلام والذخيره هذا اذا كان منبع الما فى يد الكفار سوا كان يجرى فى وسطه او شطه اما اذا
كان فى يد المسلمين فاعتبر موضع انبعاث الما وموضع ظهور القتيل **قوله** على التفسير الذى
تقدم اراد به قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت ولهذا صرح فى
المبسوط والذخيره وغيرهما ولو كان لا يسمع الصوت لا يجب عليهم شى وانما يجب فى بيت المال لانه
تحت يد عامة المسلمين **قوله** لم يسقط القسامة عنهم وكذا الديه لا يسقط عن عواقلهم وروى
ابن المبارك عن ابى حنيفه انه يسقط عن اهل المحلة لان دعواه على واحد معين ابرا لاهل المحله
من القسامة فان القسامه فى قتيل لا يعرف قاتله وجه الظاهر انه ذكر ما كان لنا معلوما ظاهرا
وهو ان القاتل واحد من اهل المحلة ولكنا لا نعلم ذلك حقيقه وبدعوى الولى على واحد منهم

بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئا لا يعتبر الحكم به [فعيت]
القسامة والدية على اهل المحلة كما كانتا كذا في المبسوط **قوله** وقد ذكرناه اي في مسئلة ولو ادعى
على البعض وذكرنا فيه اي في المذكور في بعض النسخ القياس والاستحسان **قوله** سقط عنهم
اي سقط كل واحد من القسامة والدية عن اهل المحلة ويحلف المدعى عليه يمينا واحدة وقالت الايمة
الثلاثة ان كان هناك لوث تكرر اليمين عليه وان لم يكن لوث فعنه عن الشافعي في قول واحمد في رواية
تكرر اليمين لانها دعوى في قتل فكان المشروع فيها خمسين يمينا كما لو كان فيهم لوث وقال الشافعي
واحمد في ظاهر روايته يمين واحدة كقولنا وهو اختيار المزني لقوله صلى الله عليه وسلم لو يعطى الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه فيكون واحدة نظاهره
ولهذا لم يتكرر في حق المال **قوله** وسقط لعقد شرط اي سقط دعواه بعد ذلك على اهل المحلة
للتناقض بفقد شرط الدعوى فانه لما ادعى على غير اهل المحلة فقد ابرأهم عن ذلك فلا يسمع بعد ذلك
دعواه للتناقض كذا في المبسوط **قوله** اجلوا عن القتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا ان وجد بين
اظهرهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي
صادرة عن غنى يقال ظهر العيب وظهر القلب وكذا يقال اقام بين اظهرهم فوجود القتيل بين
اظهرهم موجب للقسامة والدية لانه صلى الله عليه وسلم قضى على اهل خيبر بالقسامة والدية لوجود
القتيل بين اظهرهم وقال عمر للوادعي حين قال لا ايماننا تدفع اموالنا ولا اموالنا تدفع ايماننا حقنتم
دماءكم وانا اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وقال الشافعي واحمد في رواية باللوث على
الطائفة الاخرى ولو كانوا بحيث لا يصل سهام بعضهم بعضا فاللوث على طائفة القتيل وقال ملك
واحمد في رواية ان عقل القتيل على الذين نازعوهم الا ان يدعوا على واحد بعينه لان الظاهر ان القتيل
من المنازعين وقال ابن ابي ليلى عقله على الفريقين جميعا لانه يحتمل انه مات من فعل اصحابه فاستوى الجميع
فيه وقلنا الحفظ على اهل المحلة فان عليهم ان يصونوا محلتهم عن مثل هذه الحادثة فان لم يفعلوا كانوا
غادرين قال ابو جعفر في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية فان
كانوا مشركين او خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك ممن اصابه العدو ولان اضافة القتل الى المشركين او
الخوارج حمل لامر اهل المحلة على الصلاح فلهذا اجعل شهيدا **قوله** ولا على اولئك اي على اولئك
القوم المتقاتلين اي لم يكن القسامة على اهل المحلة ولا على الفئتين المتقاتلين **قوله** للحديث الذي
رويناه اي في اول باب القسامة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء
قوم واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر ولا يقال الظاهر انهم قتلوه لان الظاهر
حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق كذا في جامع شمس الايمة والمحبوبي **فان قيل** الفرق بين هذا
وبين دعوى القتل على رجل بعينه من اهل المحلة فان القسامة لا تسقط عنهم وهنا بالدعوى على رجل
منهم بعينه لا يصلح سببا للاستحقاق بلا حجة ولكن يصلح سببا لبراءة الغير فتثبت براءة اهل المحلة
بخلاف ما لو عين رجلا من اهل المحلة حيث لا يسقط عنهم الدية والقسامة لما ذكرنا ان تعيين واحد منهم
لا ينافي هذا الامر لانه منهم واما تعيين غيرهم ينافي ذلك لان ذلك بيانا ان القاتل ليس منهم وهم انما
يعرفون اذا كان القاتل منهم مقررا ولم يثبت ذلك عند تعيين الولي غيرهم اليه اشار في الذخيرة **قوله**
في مُعَسكَر بفتح الكاف موضع العسكر يقال عسكر الرجل عسكرا فهو معسكر بكسر الكاف والموضع معسكر
بفتح الكاف والخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة اقاموا الصلاة اي بغير قتال **قوله**
فعلى اقرب الاخبية وفي مبسوط شيخ الاسلام هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين

فالدية

فالدية والقسامة على الكل **قوله** لم يوقتا لان قبا سصاب فيها الاعلى المعمول به اي لقوا المسلمين مع
المشركين قتالا ويحتمل ان يكون على الحال اي مقاتلين وفي قوله وان لم يلقوا عدوا احتمل انتصاب عدوا
على الحال اي مقاتلين وفي قوله وان لم يلقوا عدوا احتمل انتصاب عدوا على الحال اي مقاتلين وعلى المفعول
له اي القتال **قوله** على ما ذكرنا وهو انه لا معتبر بالسكان مع الملاك وفي المبسوط قيل في قياس قول
ابي يوسف ينبغي ان يكون على النازلين في ذلك الموضع لان عنده السكان في المحلة كالملاك **قوله**
واذا قال المستحلف بفتح اللام قتله فلان اي في مسئلة القسامة استحلف بالله ما قتلت ولا علمت
له قاتلا غير فلان الى اخره هذا قول محمد وقال ابو يوسف يحلف بالله ما قتلت فقط ولا يحلف بالعلم
لان فائدة التحليف على العلم ان يعترفوا انا علمنا له قاتلا فيصير ذلك سببا لوجوب القصاص على
القاتل وقد اعترفوا بذلك يعني لا حاجة الى التحليف وعند محمد يحلفون بالله ما قتلنا وعلمنا له قاتلا
غير فلان لجواز انهم عرفوا قاتلا اخر مع فلان وانما عينوا فلانا ليسقطوا عن انفسهم اليمين في حق
غيره فيحلفون على العلم ويستثنون منه فلانا لان الاستحلاف على العلم في حق فلان لا يفيد اما في
حق غيره يفيد كذا في المبسوطين والذخيرة وفي المغني والفتوى على قول محمد وفي المبسوط لو اقام
الولي شاهدين من غير اهل المحلة على ذلك الرجل فقد اثبت عليه القتل بالحجة فيقضى عليه بموجبه
ولا نعرف فيه خلاف **قوله** وقالا تقبل وهو قياس قول الايمة الثلاثة كالوصي اذا اخرج من
الوصاية بان بلغ الغلام او عزله القاضي وعلى الاصلين هذين اي على الاصلين المجمع عليهما احدهما ان
كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من ان يكون خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع
كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت هذه العرضية
فشهد تقبل شهادته بالاجماع ثم في مسئلتنا هذه ثم جعل شهادتهما هذه شهادة من انتصب خصما في حادثة
ثم خرج من ان يكون خصما فشهد لم تقبل شهادتهما لان نفس وجود القتيل من اظهرهم جعلهم خصما وجعلا
شهادتهما هذه شهادة رجل له عرضية ان يصير خصما ثم لم يصر خصما فتقبل فانهم انما يكونون خصما
اذا ادعى الولي عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت هذه العرضية وتبين انهم لم يكونوا خصما في هذه
الحادثة اصلا فوجب قبول شهادتهم كالشفيع اذا شهد بالبيع بعد ما سلم الشفعة تقبل شهادته
والوكيل بالخصومة اذا عزل قبل ان يخاصم وفي المبسوط والايضاح فعند ابي حنيفة السبب الموجب
للدية والقسامة وجود القتيل بين اظهرهم كما قال عمر اغرمكم لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى
الولي لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا من الخصومة بعد الدخول ثم التخريج على الاصلين
اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم ثم عزل والوصي اذا خرج من الوصاية وعلى الاصل
الثاني مسئلة الشفيع والوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة لانه بعرض ان يصير خصما بطلب الشفعة
وبالخصومة في الوكيل فاذا سلم الشفعة او عزل الوكيل قبل الخصومة بطلت العرضية وكذا الوارثان
اذا شهدا بالدين على الميت وثمة وارث اخر ولم يطلبا الميراث قبلت شهادتهما لان الوارث مع
الدين لا يصير خصما فان الدين مقدم ولكنه بعرض ان يصير خصما بالطلب فله قضاء الدين من
موضع اخر فاذا لم يطلب لم يكن خصما اليه اشار في المبسوط والايضاح والاسرار ولكن قال في
الاسرار فما قاله ابو حنيفة اظهر وما قالاه احق **قوله** فان كان صاحب فراش حتى مات يعني
اذا صار صاحب فراش حين خرج من تلك القبيلة ثم نقل الى اهله فمات فيه لانه لو كان صحيحا يجيء
ويذهب حين خرج ثم مات في اهله في شيء فيه كذا في المبسوط **قوله** وقال ابو يوسف لا ضمان
فيه اي لا دية ولا قسامة وقيل محمد معه وهو قول ابن ابي ليلى والايمة الثلاثة اما لا قسامة في

الاطراف بلاخلاف بين اهل العلم وكذا في الجراح اذا لم يكن صاحب فراش لابي يوسف ان القسامة
في القتيل الموجود في المحلة بالنص على خلاف القياس والجرح عن القتل فصار كما لو لم يكن صاحب
فراش وله اي لابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا يعني اذا صار صاحب فراش
يصير مريضا والمريض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه الا ترى انه في حكم التصرفات
جعل كالميت قبل الموت فكذا في حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح في ذلك الموضع
خلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش فهو في حكم الصحيح فلم يجعل كالميت في حق التصرفات فكذا في
حق القسامة والدية وان ثبت بالنص على خلاف القياس لكن روحي ما ورد فيه النص بقدر الامكان
وقد ورد في قتيل يوجد في المحلة لا يعلم قاتله فهنا ايضا شرعا يوجد في المحلة ولا يعرف قاتله اليه
اشار في المبسوط وعلى هذا الخلاف مسئلة الجرح اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم
او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حمله عند ابي حنيفة وعندهما
لم يضمن والوجه فيه كما في مسئلة المجروح في المحلة وفي الايضاح هذه المسئلة بنا على مسئلة مرت
ووجه البناء ان يد الحامل بمنزلة المحلة فصار وجوده جريحا في المحلة **قوله** فديته على عاقلته
ورثته لورثته وهو قياس قول احمد والاوزاعي فان عندهما لو قتل نفسه خطا تجب ديته على عاقلته
خلافا للباقي العلما لانه لما وجد قتيلا كانت الدار مملوكا لورثته لا له لان الميت ليس باهل ملك
فتكون الدية على عاقلة ورثته وانما قال على عاقلته بنا على الظاهر اذ الظاهر ان عاقلة الوارث
والمورث متحد فان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس ان الدار مملوكا لكونه على عاقلة
الورثة وهو الاصح على قياس ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته والدية
على عاقلته القتيل كذا في المبسوط **قوله** لا شي فيه يعني يهدر دمه وبه قال الشافعي ومالك
قوله يجعل كانه قتل نفسه فيهدر دمه وهذا لانه وجد غيره قتيلا في هذه الدار جعل
هو كالمباشر لقتله في حكم الدية فاذا وجد هو قتيلا فيه يجعل كانه باشر قتل نفسه فيهدر
دمه وله اي لابي حنيفة سبب وجوب القسامة وجود القتيل في موضع يتوهم القتل فيه كما نص
عمر رضي الله عنه اغرمكم لوجود القتيل بين اظهركم ولهذا لو وجد غيره في ذلك الموضع كانت
الدية على عاقلته الا ترى ان من مات قبل ذلك اي قبل ظهور القتل يجب على عاقلتهم اي على
عاقلة الورثة **فان قيل** كيف يستقيم وجوب الدية على العاقلة لهم لان العاقلة يعقلوا
عنهم **قلنا** الدية تجب للمقتول حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلف الوارث
وهو نظير الصبي او المعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له **قوله**
بقيت الدار على حكم ملكه لبقا عقد الكتابة فلهذا جعل كانه قتل نفسه اما فيما نحن فيه حين وجود
القتل الملك للورثة فافترقا وفي الكافي اختلف المشايخ في وجوب القسامة على عاقلته على قول
ابي حنيفة واختار شمس الائمة السرخسي لا تجب القسامة هنا لانه لو وجد غيره قتيلا تكون القسامة
عليه دون عاقلته فاذا وجد هو قتيلا يتعذر ايجاب القسامة بخلاف الدية قال ابو يوسف تضمن
الاحرار الدية وقالت الائمة الثلاثة وجد قتيل لا يوجد بقربه الا رجل معه سيف او سكين ملطخ بدم
يغلب على الظن انه قتله فهو لوث والا لا **قوله** كما اذا وجد قتيل في محلة فان توهم قتل نفسه
ساقط هناك فكذا ههنا **قوله** قال المتاخرون اي من اصحابنا ان المراة تدخل مع العاقلة في
هذه فيد به لان المراة لا تدخل مع العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجي في العواقل
لان النصرة لا تقوم بها اما اذا كانت هي المباشرة للقتل فعليها جزء من الدية لان القتل واحد من

العواقل باعتبار مباشرته فانه لما وجب على غير المباشر لاجله فعلى المباشر اولى فكذلك ههنا
وجوب جزء على المالك باعتبار ان التدبير وحفظه في ملكه له وفي هذا الرجل والمراة سوا بخلاف
الصبي لانه ليس له راي في ذلك وانما الراي لعشيرته خاصة كذا في المبسوط **قوله** ليس صاحب
الارض من اهلها اي اهل القرية فهو اي وجوب القسامة والدية على صاحب الارض دون اهل
القرية لان التدبير وحفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل
كذا في المبسوط

كتاب المعاقل

لما بين احكام القتل الخطا وتوابعه واحكامه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها
ومن محاسنه المعاونة لمن لحقه الخسران بسبب الخطا وفي مبسوط شيخ الاسلام طعن بعض الملحدين
من معطلي الرسل على هذا وقال لا جناية من العاقلة ووجوب الدية باعتبارها فيكون في مال
القاتل وحكى ذلك عن ابي بكر الاصم والخوارج انهم قالوا تجب الدية في مال القاتل يويد ذلك
قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وقوله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقوله صلى الله عليه
وسلم الا لا يجني نفس على نفس اخرى الا ترى ان من اتلف دابة قيمته يجب في مال المتلف لا يجب الضمان
على العاقلة قلنا ايجاب الدية على العاقلة مشهور ثبتت بالاحاديث المشهورة وعليه عمل الصحابة
والتابعين فيزاد على كتاب الله تعالى واما الاية فيدل على انه لا يحمل وازرة وزر اخرى وهذا
مسلم لكن العاقلة يحملون باعتبار تقصيرهم بتركهم حفظه ومراقبته وانما خصوا بالضم لما ذكر
في الكتاب وكانوا قبل الشرع يحملوا الدية فان عشيرة القبائل كانوا يحملون تكرما واصطناعا
بالمعروف كيلا يجحف المعدور فالشرع قرر ذلك ووجد هذه العادة بين الناس فان من لحقه
خسران من حرق او غرق يجتمعون ويجمعون له مالا لهذا المعنى فاوجب الشرع للعقل في الخطا
على ما اعتادوا تكرما واصطناعا بالمعروف **قوله** المعاقل جمع معقلة بضم القاف وسمي الدية
عقلا ومعقلة باعتبار منعه من سفك الدم والمعنى الجامع اللغوي المنع وسمي العقل عقلا لانه يمنع
عن الجري على موجب الهوى ومنه العقال **قوله** وكل دية وجبت بنفس القتل عمدا وقوله على
العاقلة خبره والمراد بقوله بنفس القتل احترازا عما يجب بسبب الصلح في القتل العمد او
بسبب الابوة فهي في مال القاتل لا العاقلة وقد ذكرناه اي الدية بتاويل العقل في حديث حمل بن
ملك وقد مر قصته في فصل الجنين **قوله** وهو الذي تولى شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط
الصغير حتى قتله يقال اجحف به اي اهلكه واستاصله **قوله** لانه اي القاتل انما قصر اي في
حالة الرمي مثلا في التثبت والتوقف لقوة في القاتل وتلك اي تلك القوة بانصاره اي تلك القوة
تحدث المرء في نفسه بكثرة اعوانه وانصاره وانما نصره عاقلته فخصوا به وان لم يعلموا الديوان
الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضي الله عنه
اول من دون الدواوين اي رتب الجرايد للولاة والقضاة يقال فلان من اهل الديوان
اي ممن اثبت اسمه في الجريدة والعطا ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يفرض لفقرا المسلمين اذا
اذا لم يكونوا مقاتلة كذا في المغرب وقيل العطا ما يخرج للجندي من بيت المال سنة مرة
او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وعن الحلواني كل سنة او شهر وقيل كل يوم **قوله** وقال
الشافعي الدية على اهل العشيرة وهم العصبات وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم وكل من عدا
العصبة ليس من العاقلة واختلف في الاباء والبنين فقال الشافعي واحمد في رواية ليس اباؤه وابناؤه
وان علا وسفل من العاقلة لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان امراتان من هذيل اقتتلتا فرمت احديهما

بحجر فقتلت الاخرى فاختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى بديتها على عاقلتها وورثها ولدها
وفي روايه جعل العقل على العصبة وميراثها لبنيها رواه ابو داود والنسائي وفي روايه عن جابر انه
صلى الله عليه وسلم جعل ديتها على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها فقالت عاقلة المقتول ميراثها لنا
فقال صلى الله عليه وسلم ميراثها لزوجها وولدها رواه ابو داود وزاد ابي هذا في الاولاد
الحقنا الولد به لانه في معناه وقال ملك واحمد في روايه يدخل في العاقله ابوا القاتل وابنه
وهو قولنا عند عدم اهل الديوان وعن بعض مشايخنا لا يدخلون كما حكى لما روى عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده انه صلى الله عليه وسلم قضى ان عقل المراة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيا الا
ما فضل عن ورثتها رواه ابو داود ولان العقل موضوع على التناصر من اهله وانهم عصبة فاشبهوا
الاخوة **قوله** ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده ولانه اي العقل صلة
والاقارب احق بالصلاه كالارث والنفقات **قوله** من غير نكير منهم اي من الصحابة وكان اجماعا
فان قيل هذا اجماع على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف نظن بهم
قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما قضى على العشيرة
باعتبار النصره ولهذا لا يوخذ من النسوان والصبيان من عشيرته لانهم ليسوا من اهل النصره
ثم لما دون عمر الدواوين صار النصره بالديوان فقضى بالديه على اهل الديوان وقد روى
ان يوم الجمل وصفين جعل بازا كل قبيله من كان من اهل تلك القبيلة ليكونوا هم الذين يقاتلون
قومهم وهذا معنى قول الشيخ ولا نسخ الى اخره وذكر ابن قدامة الحنبلي في المغني وقضا النبي صلى
الله عليه وسلم اولى من قضا عمر قلنا مسلم اذا كان قضاهم مخالفا وليس كذلك لما بيناه الحلف اي
العهد والمراد هنا ولا الموالاة والحلف بكسر الحا العهد بين القوم والمراد بالولا ولا العتاقة
والا وفي بعض النسخ والعديد وهو ان يعد منهم يقال فلان عديد بني فلان اي يعد فيهم **قوله**
او لمنه اي من الاخاب في اصول اموالهم **قوله** مروي عنه عليه الصلاه والسلام يحكى عن عمر وعلي
ايضا ولا خلاف لاهل العلم فيه ولان الديه فرضت في عطيته في كل عطية تخرج له ثلث الدية فيكون
جميع الديه مفروضا في ثلاث عطيات وثلاث عطيات موجلة بثلاث سنين فاخذت الديه ايضا في
ثلاث سنين ضروره كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** ولو خرج للقاتل وفي بعض النسخ للقابل
اي للعام القابل وهو الاصح و **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضا **قوله**
وقال الشافعي ما وجب في مال القاتل فهو حال وبه قال ملك واحمد وقد مرت المسئلة ولنا
ان القياس يا باه اي ايجاب المال بمقابلة النفس لعدم المماثلة بينهما كما ذكر في الاصول ولكن الشرع
ورد به اي بايجاب المال بمقابلة لعدم المماثلة بينهما كما ذكر في الاصول ولكن الشرع ورد به
اي بايجاب المال بمقابلة النفس اذا كان القتل خطا صونا للدم عن الهدر موجلا فلا يتعداه **قوله**
انما يعتبر مده ثلاث سنين من وقت القضا هذا هو الموعود قبله وقالت الائمة الثلاثه من حين القتل
لانه سبب وجوبه وقلنا ان وجوب المال بالقضا وقبل القضا ليس بواجب لان ضمان المتلفات يكون
بالمثل بالنص ومثل النفس النفس لانه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفا النفس لما فيه من معنى
العقوبة وهو مرفوع عن الخاطي تحول الحق بقضايه الى المال كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب
بالقضاء لتحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضا لم يضمن شيا فاعتبر قيمته يوم
القضا وهو نظير الاصل في حق العين فانه معتبر من وقت الخصومة **قوله** فعاقلته قبيلته اي اقاربه
وهي اي النصره المعتبره في التعاقل فصارت حالته كحال من كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

النفس و

وقد بينا انه قضى بالعقل على الاقارب وافتى ابو الليث وابو جعفر الهندواني وظهير الدين المرغيناني
انه لا عاقلة للعجم لانهم ضيعوا انسابهم ولا يتناصرون فيما بينهم وهو الاشبه واكثر المشايخ قالوا لا للعجم
عاقله لان لهم عادة في التناصر كالكلاباذي ودرب الحسانين ببخارا والسراجين والصرافين بسمرقند
وبه كان يفتي محمد بن سلمه وشمس الايمه الحلواني فعلى هذا القياس طلبة العلم يكون بعضهم عاقلة بعض
وقال الاسبيجابي اهل صناعة القاتل عاقلته وديوانه ولكن يشترط ان يكونوا يتناصرون بها وهو اختيار
كثير من المشايخ كذا في المغني **قوله** وهذا اشارة اي قوله على اربعه دراهم في كل سنه اشاره الى
انه يزاد على اربعة من جميع الدية لانه قيد نفي الزيادة على اربعه في حق السنة الواحده لا في ثلاث سنين
فكان الماخوذ من كل واحد في ثلاث سنين اكثر من اربعة اثني عشر درهما وهكذا ظن بعض مشايخنا
وهذا غلط لان محمدا نص الى اخره وهو الاصح وقال احمد ومالك في روايه لا يتعدى بشي يحملون ما
يطيقون اذ التقدير لا يثبت الا بالتوقيف ولا نص فيه فيفوض الى راي الحاكم كتقدير النفقات وقال
الشافعي واحمد في روايه يجب على الغني نصف الدينار لانه اقل ما يقدر في الزكاة وعلى المتوسط ربع
الدينار لان ما دون ذلك تافه لا تقطع اليد فيه وقالت عائشة لا تقطع اليد في التافه وقلنا العقل
صله تجب على سبيل المواساة كالنفقه فيستوي فيه الغني والمتوسط واختلف القائلون بالتقدير بنصف
دينار وربعه وقال بعضهم يتكرر الواجب في الاعوام فيكون الواجب على الغني في ثلاث سنين دينارا
ونصفا وعلى المتوسط ثلاثة ارباع دينار وقال بعضهم لا يتكرر لان في ايجاب الزياده على النصف ايجاب
زيادة على اقل الزكاه فيكون مضرا ويعتبر الغنى والتوسط عند راس الحول كالزكاه ولو اجتمع من
العاقله عدد كثير فقال الشافعي في قول واحد يقسم على جميعهم بحسب الغنا والتوسط لاستوايهم
في القرابة كالميراث وقال الشافعي في اخر يخص الحاكم من شا منهم فيفرض عليهم هذا العدد لئلا ينقص عن
القدر الواجب فيصير الى الشي التافه **قوله** معناه نسبا وفي الذخيره قال المشايخ هذا الجواب انما
يستقيم في حق العرب لانهم حفظوا انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبايل من حيث النسب وما لا يستقيم
في حق العجم لانهم ضيعوا انسابهم فبعد ذلك اختلف المشايخ قال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب
فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني هذا الذي ذكرنا فيما اذا كان للجاني عاقله فاما اذا لم يكن
يكن له عاقله فعقله في بيت المال ويجي بيان الخلاف فيه **قوله** وادخل القاتل مع العاقله يعني اذا
كان من اهل العطا اما اذا لم يكن فلا شي عليه من الديه عندنا ذكره في المبسوط لان الاخذ من اهل العطا
وقال الشافعي لا يجب على القاتل وبه قال ملك واحمد لما روي انه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على
العاقله متفق عليه وهذا يقتضي انه قضى بجميعها ويعتبر الجزء بالكل لان الخطا مرفوع بالحديث وانما
يتحقق ذلك اذا لم يكن عليه شي من الديه وكذا المعنى الذي يوجب نفيها يوجب نفي الاجزاء عنه وهو النصرة
او الصلة يقتضي نفي هذا الجزء عنه ولنا ان الايجاب على العاقله لدفع الاجحاف وذا في الكل لا في
الجزء لان الايجاب عليهم باعتبار النصره ولا شك انه ينصر نفسه كما ينصر غيره والبري عنه اي عن
الخطا اولى يعني غير الجاني ابعد من المواخذة من الجاني المعذور فاذا وجب على كل واحد من العاقلة جزء
من الديه مع انه بري وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى فلان يجب عليه وهو جان اولى وليس
على النسا والذرية اي على من لم يبلغ شي قال ابن المنذر اجمع اهل العلم على ان المراه والصبي لا يعقلان
مع العاقله وكذا على الفقير وهو قول ملك والشافعي واصحاب الظاهر وحكى بعض اصحابنا عن ملك وابي
حنيفه ان الفقير يدخل في التحمل وهو روايه عن احمد لانه من اهل النصره فكان كالغني والصحيح الاول
لان تحمل العاقله مواساه فلا يلزم الفقير كالزكاة والنفقه **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او

امراة لاشي عليهما من الديه وفي فتاوى قاضي خان لو كان القاتل امراه او صبيا هل يجب عليهما شي اختلف المشايخ فيه والصحيح ان القاتل يشارك العاقله سوا كان صبيا او امراة او مجنونا وكذا ابو القاتل وابنه من العاقله والزوج لا يكون عاقله المراة وكذا المراة لا تكون عاقله الزوج وكذا في المغني وفي الاب والابن خلاف الشافعي وقد مر هذه المسلة مخالفه لما مر قبيل كتاب المعاقل انه لو وجد قتيل في دار امراه ان العاقله تشارك العاقله عند المتاخرين ممكن ان يكون هذا على روايه المتقدمين ان المراة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور **قوله** والغرض لهما للمعونة اي في معاشهما لا للنصرة وهذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال نفرض الامام لكتبة الغزاة ودرياتهم من العطا والعطا انما هو للنصرة فاجاب ان الفرض لهما باعتبار المعونه الى اخره **قوله** فالحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر عندنا وقد مر خلاف الايمة الثلاثه وعن هذا قال في المبسوط لو ان اخوين لاب وام ديوان احدهما بالكوفه وديوان الاخر بالبصره لم يعقل احدهما عن صاحبه وانما يعقل عن كل واحد اهل ديوانه **قوله** وغيره هو العد والحلف واهل الباديه اقرب اليه اي قرابة ونسبا وقيل هو صحيح اي قوله لم يشترط الى اخره يعني عدم اشتراط القرابه منه ومن اهل الديوان صحيح **قوله** من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم اهل المصر **قوله** اذا كان قرب لهم اي ذا قرابه **قوله** وصار نظير المسله المعنيه المنقطعه يعني ان للولي الابعد ان يزوج اذا كان الولي الاقرب غايبا غيبة منقطعة **قوله** في المعاني العاصمه كحد السرقه والقذف والقصاص ووجوب الدية فان لم يكن لهم اي لاهل الذمة عاقله فالديه في ماله اي في مال الذمي لا في بيت المال بخلاف المسلم اذا لم يكن له عاقله فالديه في بيت المال في ظاهر الروايه لا في مال الجاني لان جماعة المسلمين اهل نصرته وليسوا اهل نصرة الذمي كذا في الذخيره واما دفع النبي صلى الله عليه وسلم عن اهل خيبر من عنده فبطريق الاستقراض او العهد كما مر **قوله** ويمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اي ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه **قوله** لان الكفر كله ملة واحدة ولهذا يثبت التوارث فيما بينهم مع اختلاف مللهم وهذا عندنا وعند الايمة لا توارث مع اختلاف الملة فلا يعقل ولا توارث بينهم وقلنا يكون بينهم التوارث بخلاف المسلم الكافر قال تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقال تعالى والذين امنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شي حتى يهاجروا فلما قطع الموالاة بين من هاجر وبين من لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة كان ذلك دليل انقطاع الموالاة بين المسلم والكافر وحكم الميراث والنفقه يريد ما ذكرنا كذا في المبسوط **قوله** جعل ديوانه وفي بعض النسخ تحول اي بعد القتل وعاقلته اهل الكوفه فالواو للحال **قوله** وهو روايه اي قول زفر روايه عن ابي يوسف وهو قياس قول الايمة الثلاثه لاعتبارهم وجوب الديه عند الجناية وعدم اعتبارهم الديوان **قوله** يوجد من عطايه اي اعطا القاتل بالبصرة وان كان بعض القضا بالكوفه **قوله** بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضا يعني لو قلت العاقله يضم اقرب القبايل اليهم وان كان بعد القضا على اهل الكوفه وفيه نقل الديه بعد القضا وفي تحول الديوان لا يصح لا نقل الدية لان في التحول بعد القضا نقض الحكم الاول وفي ضم اقرب القبايل تقرير حكم الاول لا ابطاله **قوله** لكن يقضي ذلك اي الابل من مال العطا بان يشتري الابل من مال العطا **قوله** وعاقله المعتق قبيله مولاه الى اخره لا خلاف فيه ولا يعقل مولى الاسفل من الاعلى وبه قال اصحاب مالك واحمد والشافعي في قول وفي قول يعقل لانهما شخصان يعقل احدهما صاحبه فيعقل الاخر عنه كالاخوين وقلنا انه ليس بعصبه ولا وارث فلم يعقل عنه كالاجنبي وما ذكر بطل بالذكر مع الانثى والصغير مع الكبير والعاقل مع المجنون **قوله** وفيه خلاف الشافعي واحمد وقد مر في الولا وقال مالك اذا كان الرجل في غير

عشيرته

عشيرته يعقله على القوم الذين هو معهم **قوله** اقل من نصف عشر الدية وتتحمل النصف وما فوقه وللشافعي وعثمان البتي في الصحيح ان العاقله تحمل القليل والكثير لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد وقال مالك واحمد لا تحمل ما دون الثلث وتحمل الثلث وما فوقه لما روي عن عمر انه قضى في الدية ان لا تحمل العاقلة منها شيا حتى تبلغ عقل المامومة وروى يونس بن يزيد عن ربيعة انه صلى الله عليه وسلم الف من الناس في معاقلتهم فحمل صلى الله عليه وسلم الى ثلث الدية فصار عدادا ما دون ذلك على الجاني ولان الاصل وجوب الضمان على الجاني كساير الجنايات وانما خولف في الثلث فصاعدا تخفيفا على الجاني لكونه كثيرا يجحف به وقد قال صلى الله عليه وسلم الثلث كثير فبقي ما دونه على قضية الاصل ولنا قال الثوري والتقدير الفاصل عرف بالسمع يعني القياس ان لا يجب على العاقله لكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنه في ارش الجنين بالايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر دية الرجل فيقضي بذلك على العاقله وفيما دونه ناخذ بالقياس وما روي من الحديث منكر والراوي عن عمر بن سمعان وهو غير ثقة عند الثقات وحديث الجنين متفق عليه فيعمل به ولا تعقل العاقله عمدا ولا اعترافا ولا صلحا بلا خلاف بين اهل العلم بالحديث الذي روينا اما تجب الديه في الاقرار في ماله عند اهل العلم الا عند ابي ثور وعبد الحكم حيث قالا لا يلزمه شي لان موجب اقراره لا يثبت لانه اقرار على غيره فكان باطلا كما لو اقر على غيره بالقتل لنا قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا الايه وهو قاتل باقراره ولانه مقر بالجناية الموجبه للمال على نفسه فيصح اقراره كما لو اقر باتلاف مال الغير وبما لا تحمله العاقله وفي فتاوى قاضي خان تجب الدية باقراره في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون موجلا ولو اقام ولي القتيل بينه بعد اقراره تقبل هذه البينة لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار وذكر شيخ الاسلام ان البينة على القتل تقبل عند حضرة الجاني لانه هو القاتل والعاقله يتحملون عنه وحضرة الكفيل لا تشترط لوجوب المال فدلت المسله على ان الدية تجب اولا على القاتل ثم تقضى على العاقله بطريق التحمل لان الدية لو وجبت ابتدا على العاقله كان اقرار القاتل اقرارا على العاقله **قوله** قضى عليه بالديه في ماله اي في مال المقر في ثلاث سنين وعند الايمة الثلاثه واكثر اهل العلم تجب في ماله حالة لانه بدل متلف فيجب على التالف حالا كقيم المتلفات وهو الاصل وانما عدل عنه الى التاجيل في حق العاقله تخفيفا عليهم لانه يجب مواساتهم **قلنا** انه مال وجب بسبب القتل فيكون موجلا كما في الخطا وقد مر **قوله** وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله وبه قال مالك والثاني يجب على عاقلته كقولنا وهو اختيار المزني وقول احمد ولا خلاف في اطراف العبد ان ضمانها لا تجب على العاقله **قوله** ولم يكن عليه شي في نفسه بخلاف الاول اي قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقله فان الديه وجبت على المقر باقراره ولم يوجد التصادق من ولي الجناية بالقضاء على العاقله وفي المبسوط ان الواجب بعض القاضي يعد على العاقله بتصادقهما وبعد ما تقرر على العاقله لا يبقى عليه بخلاف الاول لان السبب الموجب للديه على العاقله وهو القضا لم يوجد اصلا فيقضي بها في مال المقر الا ان يكون له عطا معهم فحينيذ يلزمه بقدر حصته من ذلك لانه في مقدار حصته مقر على نفسه وعلم بذلك ان القاتل احد العواقل اذا كان له عطا عندنا فاذا لم يكن من اهل الديوان لا يوخذ عنه شي من الدية **فان قيل** لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول برغمه الى العاقله بالقضا فاذا توى على العاقله بجحودهم عاد الديه الى ذمه المحيل **قلنا** هذا يقسم فيما يكون اصله دينا لا دم التوى عن مال المسلم وهذا اصله لم يكن دينا وانما كان بطريق اصله صيانة لدم المقتول عن الهدر وبعد ما تقرر بالقضا على العاقله لا يتحول اليه بحال سوا استوفى من العاقله او لا كذا في المبسوط **قوله**

ما له اي لم يكن على المقر شي في ماله ايضا من الديه لانهما لما تصادقا زعم ولي الجناية ان الديه انما تجب على العاقله لا على المقر فاذا زال ... صح

بهذا

قال اصحابنا اذا لم يكن له عاقلة بان كان لقيطا او نحوه فالدية في بيت المال يعني اذا كان القاتل
مسلما اما اذا كان ذميا فالدية في ماله اذا لم يكن له عاقلة وبه قال الايمة الثلاثة وعن ابي حنيفة رواية
شاذة روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله انه في مال الجاني وهو رواية عن احمد لما ان الا
ولان في مال بيت المال حق الصبيان والمجانين والنسا والفقرا فلا يجوز صرف حقهم فيما لم يجب
عليهم وجه الظاهر ما روي انه عليه الصلاة والسلام ودى الانصاري من مال بيت المال وعمر ادى
دية من قتل في زحام ولم يعرف قاتله من بيت المال حين قال له علي يا امير المؤمنين اديته من
بيت مال المسلمين ولان جماعة المسلمين اهل نصرته وهم بمنزلة عصبته ولهذا ياخذون ميراثهم
فيكون الغرم بازا الغنم **قوله** يعقله عاقلة امه اي ام ولد الملاعنة ولا يعلم فيه خلاف لان
مولى امه عصبته **قوله** فيرجعون عليهم لانهم مضطرون اي في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا
وفي المحيط وهذا عندهما لانه يجب على عاقلة الاب بدل الدم لا ضمان مال عاقلة الام وعند
ابي حنيفة يرجعون حالا بما ادوا لان هذا ضمان مال لا بدل الدم وهكذا سمعته عن شيخي العلا
حتى وجدته في المحيط **قوله** عند الادا يتحول ولاوه الى قوم ابيه وهذا عند ومالك لان موت
المكاتب عن وفا لم يبطل العقد وعند الشافعي واحمد يبطل فلا يتحول عندهما **قوله** على عاقلة الا
الى اخره في المبسوط ان الامر مسبب متعد فانه استعمل الصبي في امر لحقه فيه تبعه فثبت لعاقلة الصبي
حق الرجوع بما ادوا على الامر غير انه ان كان الامر صبيا فلا يثبت حق الرجوع على عاقلة الامر والا
لان التسبيب لا يكون فوق المباشرة وفي المباشرة الحكم هكذا **قوله** والاصل الذي يخرج عليه
الى اخره و**قوله** فانتقل الولا الى ولا حادث بغير البدل في المبسوطين الاصل ان حال الجاني اذا
تبدل حكما وانتقل من ولا الى ولا بسبب حادث لم يتحول جنايته على الاولى كالمولود بين حر وعبد
اذا جنى ثم اعتق الاب ة تتحول جنايته عن عاقلة الام لان انتقال ولايه بسبب حادث وهو العتق
وكذا لو اسلم حربي ووالى مسلما ثم جنى وعقلت عاقلته الذي والاه فان ولا الموالاة عند ما بمنزلة
ولا العتق ولا يجوز التحول عنه بعد تحمل الدية فان عقل عنه ولم يقض بها حتى اسر ابوه من دار
الحرب فاشتراه احد واعتقه جر ولا ابنه لان ولا العتاقة اقوى من ولا الموالاة فبعد ما ظهر
لابنه ولا العتاقة لا يبقى ولا الموالاة في حقه ويصير حكما وتاكده لا يمنع ذلك بمنزلة الولا الثابت
لمولى امه عليه ثم لا يرجع عاقلته ولا الموالاة على عاقلة مولى الارض بشي لان هذا حادث بسبب جديد
وهو اعتاق وكذا لو حفر الغلام بيرا قبل ان يعتق ثم سقط فيها رجل بعد ما اعتق ابوه يقضى بالدية
على عاقلة الام ولا يجب على عاقلة الاب شي لان الحادث بعد الحفر ولا العتاقة فيعتبر بالملك
والحفر ولو وجد ولو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك اخر قبل الوقوع بان باعه مولاه ثم وقع في
ملك المشتري انسان فيها فالضمان على البايع الاعلى المشتري لان ملك المشتري بعد الحفر وكذا الولا
الحادث يعتبر فيه ولا يتحول وان ظهرت حقيقة مثل دعوة ولد تحولت لان النسب كان ثابتا منه بالفرا
وقد انقطع عنه بالقضا بعد اللعان لكن بقي اصل النسب موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت
منه واذا ادعاه هو ثبت مع كونه مناقضا وان كذبته الام في ذلك لان النسب ثبت منه من وقت
العلوق لا من وقت الدعوة فتبين انه عقل جنايته على عاقلة ابيه وعاقلة الام ما كانوا متبرعين
بالادا بل اجبروا عليه بالقضا فثبت لهم حق الرجوع ومن نظيره مات المكاتب عن وفا كما ذكر وكذا
لو امر صبيا بقتل رجل كما مر **قوله** ولكن العاقلة تبدلت الى عاقلة اخرى فكان الاعتبار في ذلك
لوقت القضا كما لا يتحول ديوانه الى البصرة قبل القضا فالدية على عاقلته من اهل البصرة وبعد القضا

على عاقلته من اهل الكوفة خلافا لزفر وابي يوسف وقد مر وكذا لو استوطن البصرة قبل القضا
فعلى هذا **قوله** فلحقها زيادة او نقصان بان زادت العاقلة او مات بعضهم اشتركوا في الجناية
قبل القضا وبعده لانه بمنزلة الاتباع للاولين ولا يتبدل العاقلة باعتبارهم بخلاف ما لو تحولوا
من ديوان الى ديوان لان العاقلة الاخرى غير الاولى فلا يشتركون بعد القضا **قوله** الا فيما يؤدى
اي لا اشتراك فيه وعلى هذا الاصل يخرج مسايل كثيرة ذكرت في المبسوطين والله اعلم

كتاب الوصايا

ايراده في آخر
الكتاب ظاهر المناسبة لما انه يتحقق في اخر الحياة عادة وبعض محاسنه مذكور في المتن لانها نفع
الناس وخير الناس من ينفع الناس ثم الوصايا جمع وصية والوصية والوصاة بالقصر لغة اسمان
في معنى المصدر ومنه قوله تعالى حين الوصية وسمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد
وصية يوصى بها والوصاية بالكسر مصدر الوصي وقيل الايصا طلب شي من غيره ليفعله على غيب
منه حال حياته وبعد وفاته وشرعا عبارة عن تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع
سوا كان في الاعيان او في المنافع وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله
تعالى ان ترك خيرا الوصية وقوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها الى اخر ما ذكر في المتن وسببها
ارادة ما ذكر من محاسنه والترتب في الدنيا والاخرة من ارادة وصول الخير في الدنيا وحصول
الدرجات في الاخرة كما في ساير التبرعات وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك والموصى به موصوف
الموصى ما لا قابلا للتمليك وشرايطها كثيرة تاتي في اثنا المسايل وركنها قوله اوصيت بكذا لفلان
وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها وحكمها ان يملك الموصى له الموصى به ملكا جديدا كما
يملك بالهبة

باب صفة الوصية

وهذا الباب
لبيان صفتها ثم بين الالفاظ المستعملة فيها عن محمد رحمه الله اشهدوا اني قد اوصيت لفلان بكذا او اوصيت
لفلان في مالي الف درهم فالاول وصية والثاني اقرار وفي الاصل لو قال سدس داري لفلان فاني
اخبر ذلك فانه وصية ولو قال لفلان سدس في داري يكون اقرارا والفرق ان في الاول جعل
له سدس دارها جميعا مضافا الى نفسه وانما يكون كذلك اذا قصده انشا التمليك وفي الفصل الثاني
جعل داره نفسه ظرفا للسدس فالسدس الذي سماه لفلان انما يكون داره ظرفا له اذا كان السدس
مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون اقرارا وعلى هذا لو قال لفلان الف من مالي يكون وصية استحسانا اذا
كان في ذكر وصيه ولو قال الف في مالي كان اقرارا قال ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله اذا كتب
الرجل وصيته بيده ثم قال اشهدوا على ما في هذا الكتاب فهو جايز استحسانا وان كتبها غيره وقال
اشهدوا بما في هذا الكتاب لم يجز ولو قال مريض بالفارسية صد درم از من بخش كنيت قال الفضلي هي
باطلة لان هذا يكون للاغنيا والفقرا ولو قال صد درم از من روان كنيت كانت الوصية جايزة
لان هذا اللفظ يراد به القربة الكل من التحفة والذخيرة **قوله** الوصية غير واجبة وهي مستحبة
وانما ذكر قوله وهي مستحبة بعد قوله غير واجبة لان الاستحباب لا يستفاد من عدم الوجوب كالمباحات
قال ابن عبد البر اجمع اهل العلم على ان الوصية غير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينة وامانة بغير
بينة وامانة بغير اشهاد الا طايفة شاذة فاوجبتها روي عن الزهري انه قال جعل الله الوصية حقا
مما قل او كثر وقيل لابي مجلز على كل ميت وصية قال نعم ان ترك خيرا وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة
للاقربين الذين لا يرثون وهو قول اصحاب الظاهر وحكي عن مسروق واياس وقتادة وابن جرير
واحتجوا بقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا شهادة بينكم

وفي الكشاف

إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية وإذا حضر طرف للشهادة وحين الوصية بدل منه وفي كونه بدلا دليل وجوب الوصية وبما روى نافع عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام أنه قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة متفق عليه وقالوا تستحب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبعض ممن لا يرث الأقرب ولنا أن أكثر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لا يخلو ذلك ونقل عنهم نقلا ظاهرا ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلم تجب عند الموت ولأنها شرعت لنا لا علينا وقال صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم فالمشروع لنا لا يكون واجبا علينا بل يكون لنا منه وبالإيه بمنزلة النوافل وأما الآية فقال ابن عباس نسختها قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وقال ابن عمر نسختها آية المواريث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أئمة التفسير وقال أبو بكر الرازي من أصحابنا نسخها قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فإنه نص على المواريث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين والأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الإرث بعد الوصية المعروف لأن تلك وصية معهودة وقال أكثر أصحابنا نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول فصار كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما الحديث فهو شاذ فيما يعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله أو هو محمول على ما كان في الابتداء قبل نزول آية المواريث أو المراد أن ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والأخذ بمكارم الأخلاق كقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعانا وجاره طاو إلى جنبه والمراد ما بيناه كذا في المبسوط وذكر ابن قدامة في المغني والحديث محمول على من عليه حق واجب أو له عنده وديعة بغير إشهاد وقيل روى سعيد بن القطان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه فرده الأمر إلى إرادته فلا يكون واجبا ولهذا لم يروى أنه صلى الله عليه وسلم أوصى وابن عمر راوي الحديث لم يوص والزيادة عن العدل مقبولة **قوله** ومثله في الإجارة يعني القياس يأبى جواز عقد الإجارة لأنه مضاف إلى زمان في المستقبل وثبت شرعيتها للحاجة فكذا الوصية **قوله** وعليه إجماع الأمة أي حكم كونها مشروعا أجمعت الأمة **قوله** ولا يجوز أي الوصية بما زاد على الثلث وهذا عند وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة ويجوز عند إجازتهم لحديث سعد بن أبي وقاص وفي المبسوط سعد ابن مالك مكان سعد بن أبي وقاص ولكن الأول موافق لكتب الحديث كالمصابيح وغيره وعن مالك أن زاده في وصيته يسيرا كالدرهمين ونحو ذلك يجوز وهذا خلاف الجمهور أما إذا لم يكن له وارث يجوز له الوصية بكل ماله عندنا وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحق بن راهويه وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمة والأوزاعي والحسن بن حي وأبو سليمان وأصحاب الظاهر ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث لأن سعدا لما قال أوصي بمالي كله قال صلى الله عليه وسلم لا قال فبالثلثين قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبالنصف قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبالثلث قال عليه الصلاة والسلام والثلث كثير وقال صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم الحديث دل أنه لا شيء له في الزيادة ولأنه مال تعلق به حق جميع المسلمين فلا يجوز تخصيصه بواحد ولنا ما روي عن ابن مسعود أنه أجاز أن يوصي بما شاء عند عدم الورثة ولم يعرف له من الصحابة مخالف فحل محل الإجماع وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس دليل على أن العلة في أن لا يجاوز عن الثلث في الوصية أن يغني الورثة فإذا لم يكن له ورثة فقد

ارتفعت العلة فله أن يوصي بما شاء ولا يقال لو كانت العلة إغناء الورثة ينبغي أن يجوز التجاوز عن الثلث إذا كانت الورثة أغنياء وليس له ذلك بالإجماع لأنا نقول وجود العلة لا يراعى في جميع الصور كما في الرمل والحج و**قوله** فلا يجوز تخصيصه غير مسلم فإن له أن يضعه حيث شاء لولاية كما للإمام أن يضعه بعد موته حيث شاء وفي رواية في حديث سعد يتكففون الناس وفي الحديث دليل على أن الغنى أفضل من الفقر والغني الشاكر أفضل من الفقير الصابر فإنه عليه الصلاة والسلام قال خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس أجيب عنه بأنما قدم الغنى على الفقير الذي يسأل حيث قال يتكففون الناس أي يلحون في السؤال ونحن نقدم الفقير الصابر ولأنه عليه الصلاة والسلام اختار الفقر لنفسه والأفضل ما اختاره وقد قال عليه الصلاة والسلام الفقر مع الصبر أزين للمؤمن من العذار الجيد على خد الفرس وقد قال تعالى يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافا وأما الغنى سبب للطغيان والفتنة قال تعالى إن الإنسان ليطغى أن رآه استغنى كذا في المبسوط **قوله** إلا أن الشرع لم يظهره أي استغناءه وأظهره أي استغناءه في حق القليل والكثير تحرزا عما يفوت يعني أظهره في حق الورثة تحرزا عما يوجد من إيثار البعض على البعض وفيه إيذاء البعض وقطع الرحم وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر والحيف بالحاء المهملة وسكون الياء الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل ومنه قوله تعالى من موص جنفا أو إثما **قوله** ثم كان لا يجوز من الصبي والمجنون بالاتفاق الأئمة الأربعة ولا معتبر بإجازتهم في حياته إلى آخره وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والثوري وحسن بن صالح وشريح وطاوس والحكم وأصحاب الظاهر وروي ذلك عن ابن مسعود وقال ابن أبي ليلى والزهري والأوزاعي وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى وربيعة ليس لهم أن يرجعوا عن الإجازة سواء كان قبل الموت أو بعده لأن حقهم ثبت في مرض الموت فإذا أماتت ظهر أنهم أسقطوا حقهم بعد ثبوته فصح وقال مالك إن أذنوا له في صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فلا رجوع لهم إلا أن يكونوا في عياله ونفقته فلهم الرجوع قال ابن حزم قول مالك لا نعلم له حجة ولنا أنهم أسقطوا حقهم فيما لم يملكوه كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو الشفيع قبل البيع لأن حقهم ثبت عند الموت ويستند إلى أول المرض إلا أن الاستناد يظهر في القائم وتصرفهم حين وقع الحال وقع لغوا لأنه لا حق لهم حقيقة حينئذ فلا يثبت له حكم الإجازة وهو مقتضى كذا في مبسوط شيخ الإسلام **قوله** لأن الساقط متلاشي تعليل قوله لهم أن يردوه أي يرد وأما إجازوه يعني إجازتهم في حياته ساقطة لعدم مصادفتها محلها وكل ساقط متلاش فلو كان لهم أن يردوا وإما إجازوه و**قوله** غاية الأمر إلى آخره جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال كيف يكون إجازتهم ساقطة مع أن حق الورثة قد تعلق بماله من أول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر أن الإجازة صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته بسبب الاستناد كإجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فقال إن الاستناد إنما يظهر في حق القائم لا في الساقط المتلاشي كما ذكر فخر الإسلام في مبسوطه وفي الإيضاح حقهم لا يظهر في المال بدليل صرفه إلى حاجته ولو زنى الوارث بجارية المورث في المرض وجب الحد والوراثة سبب الخلافة في الملك بعد الموت والملك موقوف على ما بعد الموت وفي المبسوط والذخيرة **فإن قيل** لا يكون حال الوارث ههنا أدنى درجة من حال الوارث إذا عفى جارح أبيه قبل موت قبل موت أبيه فإنه يصح وكذا لو أجاز المرتهن بيع الراهن الرهن يصح مع أن العفو والإجازة فيهما قبل الملك أيضا لكن ثبت نوع تعلق يصح كذا ههنا **قلنا** ثم إسقاط قبل وجود السبب لا يجوز ونفس المرض ليس بسبب لتعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت وههنا الاتصال موهوم فكان

السقاط قبل السبب وهذا لان عمل الاجازة في العقد الموقوف في ازالة الملك لا ازالة الملك اما
يصح من المالك اما حقيقة او حكما وقبل الموت الوارث ليس بمالك حقيقة ولا حكما لعدم نفاذ تصرفه
قبل الموت ولعدم سبب ملكه كما ذكرنا بخلاف اجازة المرتهن لان قبض المرهون سبب لثبوت الملك له
فيه حتى يجعل مستوفيا من وقت القبض لا من وقت الهلاك وكذا عفو الوارث يصح لوجوده بعد وجود
سبب القتل وصار كان العفو وجد بعد القتل ولهذا لو كفر الجارح قبل موت المجروح ثم مات يصح لان
القتل يستند الى وقت الجرح واما هاهنا اذا مات المورث من المرض فالموت لا يستند الى حالة المرض حتى
ان الورثة لا يملكون التركة من وقت المرض واذا لم يستند الموت الى حالة المرض كانت الاجازة قبل السبب
قوله وعند الشافعي من قبل الوارث فتكون الاجازة هبة مبتداة وهذا قول من الشافعي ورواية عن
احمد واختاره المزني وبه قال بعض اصحاب مالك واصحاب الظاهر ولكن الصحيح من مذهب الشافعي واحمد
ومالك كقولنا وهو قول جمهور العلماء وفي مبسوط شيخ الاسلام ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول
والقبض والتسليم من الوارث للملك المجاز له عندهم شرط كالهبة المبتداة وعندنا ليس بشرط وجه
قولهم ان الشارع ابطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث بقوله صلى الله عليه وسلم الثلث كثير
وبقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتداة لا تمليك
بغير عوض وقلنا تصرف المريض صدر من اهله في محله وامتنع نفوذه لقيام حق الغير فكانت الاجازة
فيه اسقاطا لحقه وزوال المانع ثم ينفذ التصرف على الوجه الذي باشره كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن
وقد روي في الخبر الا ان يجيزه الورثة وكان الاستثناء من النفي اثباتا فيكون ذلك دليلا على صحة
الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة او لازمة او لا وصية لوارث
عند عدم الاجازة **فان قيل** لو اجاز الوارث في مرضه كان ذلك من ثلث ماله فدل ان الاجازة
تمليك من جهته **قلنا** الوارث وان لم يملك فقد اسقط حقه عن المال بفعله واسقاط الحق عن
المال بفعله يكون من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق وكما لو ابتاع ما يساوي عشرة دراهم ثم رده
بالعيب في مرضه كان من الثلث وان لم يكن تمليكا كما في العتق كذا في شرح الاقطع ولا تجوز الوصية
للقاتل الى اخره وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية والثوري وقال الشافعي في الاظهر ومالك
وابو ثور واحمد في المنصوص يصح **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم قتل الموصي الى اخره
قال ابو الخطاب الحنبلي لو اوصى له بعد الجرح صح وقتله ثم ظهر العمل على الوصية عند احمد وفي الجواهر
لو قتله بعد الوصية عمدا بطلت الوصية ولو قتله خطا نفذت من المال دون الدية وجه قول
الشافعي ان الوصية تمليك بالعقد صدر من اهله فيصح منه كالهبة بخلاف الميراث لانه استعجل ما اخره
الله تعالى فيعاقب بحرمانه وهو منع الميراث دفعا للمفسدة **قوله** فيحرم على بناء المفعول والوصية
والميراث كلاهما بالنصب على انهما مفعول ثان **فان قيل** هذا التعليل انما يصح اذا كان
الجرح بعد الوصية وعندنا لا تفاوت في عدم جوازها بين كون الجرح بعد الوصية او قبلها وفي الجرح
قبل الوصية لا يتحقق الاستعجال وايضا القياس على الميراث لا يصح لما ان الرق واختلاف الدين يمنعان
الارث ولا يمنعان الوصية **قلنا** يجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية اما ان
اعتبار كونه قاتلا او غير قاتل عند الموت وبالنظر الى هذا كان القتل متاخرا عن الوصية ولان بطلان
الوصية له لمغايظة الورثة فانه يغيظهم ان يقاسمهم قاتل ابيهم بسبب الوصية وفي هذا المعنى لا
فرق بين تقدم الوصية على الجرح وبين تاخره بخلاف الكفر والرق فان حرمان الارث بهما لانعدام
الاهلية لا لدفع المغايظة قيل هذا معنى فقهي لكن لا بد من دفع ما يرد على تعليل الكتاب **قوله** والحجة

والحجة عليه في الفصلين اي فيما اذا اوصى بعد القتل او قبله ما بينا من الحديث والمعنى ادعموم متناول
الفصلين وروى الدارقطني الحديث **فان قيل** يشكل بالمدبر فانه اذا قتل سيده يعتق مع ان
التدبير وصية ولا وصية للقاتل فينبغي ان لا يستحق العتق ويبطل التدبير كما هو مذهب احمد عملا
بعموم الحديث **قلنا** انما يعتق لان الموت جعل شرط عتقه ومن حيث انه شرط عتق لا ينعدم بالقتل
لان القتل محظور يجوز ان يكون شرطا للعفو وكذلك ساير المعاصي ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه
تعذر رد العتق فيكون الرد بايجاب السعاية كذا في المبسوط والاسرار **قوله** والامتناع لاجلها اي
لاجل الجناية لان الوصية اخت الميراث ولا ميراث للقاتل وان رضي به الورثة فكذا الوصية ولان الحرمان
شرع دفعا لغيظ الورثة حتى لا يشاركهم من سعى في قتل ابيهم وهذا ينعدم باجازتهم اما حرمان الميراث
من جهة الشرع لا من جهة العبد فلا يعمل فيه اجازة والحرمان هنا من جهة العبد فجاز ان تعمل الاجازة
فيها واما قوله ان حرمانه كان بطريق العقوبة فغير مسلم بدليل انه يستوي فيه العامد والخاطئ
والخاطئ لا يستحق العقوبة وانما حرمانه دفعا لغيظهم وهذا ينعدم باجازة الورثة ولهذا لو كان
القاتل صبيا لم يحرم عن الميراث ولا عن الوصية لانه بمعزل من الغيظ لقصور عقله فلا يغيظ فعله
الورثة مثل غيظ البالغ اياهم فيثبت الحرمان في حق البالغ لا في حقه اليه اشار في الذخيرة والمبسوط
والاسرار **قوله** ولا تجوز الوصية لوارثه ولا نعلم فيه خلافا **قوله** ويعتبر كونه وارثا او
غير وارث وقت الموت ولا خلاف فيه ايضا لاحد وفي فتاوى قاضي خان اوصى لثلاثة اخوة متفرقين وله
ابن جازت الوصية لهم بالسوية لانهم لا يرثون مع الابن ولو كان له بنت مكان الابن جازت الوصية
للاخ لاب وللاخ لام ولا يجوز للاخ لاب وام لانه يورث مع البنت وان لم يكن ابن ولا بنت الوصية
كلها للاخ لاب لانه لا يرثه وتبطل الوصية للاخ لاب ولام وللاخ لام لانهما وارثانه ولذا لو مات الابن
او البنت **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية ساو بل الايضا اي يعتبر
الاقرار وقت الاقرار لا وقت الموت وفي النهاية هذا الذي ذكره ليس يجري على اطلاقه فان في اقرار
المريض للوارث انما لا يعتبر وقت الموت في كونه وارثا اذا كان كونه وارثا بسبب حادث اما لو كان
وارثا بسبب كان وقت الاقرار يعتبر كونه وارثا ايضا وقت الموت كما لو اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم
اعتق ثم مات الابن وهو من ورثته فاقراره بالدين جايز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل
من المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه فبان صار العبد من ورثته لا يبطل ذلك الاقرار لان هذا
حكم ثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وبه لا يبطل الاقرار له بخلاف من ورث بسبب قائم وقت
الاقرار وهو ان يقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا وقال
زفر لا يبطل كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها ثم مات ينظر الى حالة الاقرار وقلنا انه وارث بسبب كان
وقت الاقرار فتبين ان اقراره حصل لوارثه فيبطل اذ الحكم مضاف الى سببه وسببه قائم وقت الاقرار
بخلاف الاجنبية لانها صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار اما في حق الهبة والوصية يستوي فيه السبب
الحادث والقائم في المنع من الجواز لانهما كالمضاف الى ما بعد الموت فاعتبر كونه وارثا فيهما وقت الموت
فلهذا الاستحسان في الحادث ايضا ولا يعلم فيه خلاف اليه اشار في المبسوط **قوله** الا ان يجيزه الورثة
فحينئذ يصح وقد بينا الخلاف في ان الاجازة هبة مبتداة او رفع مانع في قوله وعند الشافعي من قبل
الوارث والخلاف فيهما على السوا **قوله** فيما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى اعطى
كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا رواه عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

مكذا قوله ولان الامتناع لحقهم وهو نادى البعض فيجوز باجازتهم فان قيل لو كان
الامتناع لحقهم لكان ينبغي ان يجوز فيما دون الثلث اجازوا او لا كما في الوصيه للاجنبي لانهم لا حق لهم
في الثلث على ما مر قلنا حقهم نادى بهم باثار البعض وذلك يحصل فيما دون الثلث ايضا اذ ذلك
موجب لقطيعة الرحم وذا لا ياتي في حق الاجنبي او لانا جوزنا الوصيه مخالفا للقياس استحسانا
لحاجة الميت اليه ليتدارك بعض ما فرط فيما يجب عليه من العبادات ولا حاجة الى الوصيه للورثه
لان التركه حقهم سوا اوصى بها لهم او لم يوص قوله وفي الجامع الصغير الوصيه لاهل الحرب في
دارهم باطلة اعلم انه لا خلاف ان الوصيه لاهل الذمه من مسلم ومن الذمي للذمي جايز
وللمسلم بلا خلاف لاهل العلم اما وصية المسلم لاهل الحرب غير جايز عندنا وبه قال بعض اصحاب
الشافعي يجوز وذكر محمد في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق انه لا ينبغي
ان يفعل ولو فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك اما لو اوصى الحربي بعد دخول دارنا بامان
يجوز لان له ولايه تمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته ثم لا فرق في حق الحربي من الوصية بالثلث او
بالكل لان حق ورثه الحربي غير معصوم فلا وجه لمنع تصرفه لحقهم ولا يعلم فيه خلاف وفيه قول بملك
ان الوصيه تبرع في حقهم كالهبه فتصح كالهبة لهم لما روى انه عليه الصلاة والسلام اعطى عمر حلة من
من حرير فقال عمر كسوتنيها وقد منعت منها فقال صلى الله عليه وسلم ما اعطيتكها لتلبسها فكساها
عمر اخا له مشركا بمكه وما روى ابن اسما بنت ابي بكر قالت اتتني امي وهي راغبة عن الاسلام فقلت يا
رسول الله أأصلها وهي راغبة عن الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم نعم فهذان فيهما صلة اهل الحرب وبرهم
ولنا قوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين فدل على البر على من قاتلنا لا يحل وما روى الخصم
شاذ لا يترك الكتاب به ومسئلة الهبه ممنوعة وليس سلم فالمقصود من الهبة عاجلا العوض فيكون في
معنى التجارة بخلاف الوصيه فانها بره محضه وفي مبسوط بكر انما اورد هذه المسئلة لان فيها نوع اشكال
وهو ان الوصية اخت الميراث والميراث لا يجري بين المسلم والكافر فينبغي ان لا تصح الوصية فقلنا الوصية
تشبه الهبه وتشبه الميراث من حيث انه يملك بعد الموت فلم يكن ميراثا مطلقا فلا ينافيه ولا النص
قوله وقبول الوصيه بعد الموت ولا نعلم فيه خلاف قوله او ردها فذلك باطل حتى لو ردها
في حياته ثم قبلها بعد موته صح وعند زفر لا يصح قبوله بعد الرد لان ايجابه كان في حياته وقد
رده فبطل ولنا ان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فلم يثبت له حق قبله
فلم يعتبر رده وقبوله قبل الموت كما لا يعتبر قبل العقد الا ترى انه لو قال لامراته انت طالق غدا
على الف فالقبول والرد منها يعتبر بعد مجي الغد قوله ويستحب ان يوصي بدون الثلث الى اخره
ولا نعلم فيه خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنيا الحديث وعن ابي بكر وعمر انهما
قالا لان يوصي بالخمس احب الي من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب من ان يوصي بالثلث كذا في
المبسوط فاذا ثبت ان استيعاب الثلث بالوصيه للغني غير مستحبه لقوله صلى الله عليه وسلم الثلث
والثلث كثير فبعد هذا فالافضل اذا كانت ورثته فقرا ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما ذكر
في المتن الكاشح الذي يخفي عداوته في كشحه والكشح ما بين الخاصره الى الضلع قيل الكاشح العدو
الذي اعرض وولاك كشحه وانما الصدقة عليه افضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها ولا كذلك
في ذي الرحم الصديق ثم اعلم ان الافضل ان يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقرا
في قول عامه اهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف فيه بين العلما لانه تعالى كتب الوصية للوالدين والاقربين
فخرج منه الوارثون بقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث وبقي سائر الاقارب على الاستحباب وقد

قال تعالى وات ذا القربى حقه وقال تعالى وآتى المال على حبه ذوي القربى فبدا بهم ولان الوصية
صدقه فيعتبر بالصدقة في الحياه اما لو اوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته عند الفقها واكثر اهل العلم وعن
طاوس والضحاك ينزع عن الغير ويرد الى قرابته وعن الحسن وجابر بن زيد يعطى ثلث الثلث للغير ويرد الباقي
الى قرابته ولنا ان عمران بن الحصين اعتق في مرضه سته اعبد ولم يكن له مال غيرهم فدعاهم النبي صلى
الله عليه وسلم فجزاهم ثلاثة اجزا ثم اقرع بينهم فاجاز العتق في ثلثة لغير قرابته ولانها عطيه فجازت
لغير قرابته كالعطيه في الحياة لان الافضل ما ذكرنا قوله والموصى به يملك بالقبول وبه قال
جمهور العلما اذا كان لمعين يمكن القبول منه اما لو كان لغير معين كالفقرا والمساكين ولا يمكن حصره
كبني هاشم او على مصلحة مسجد او حج لم يفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت لان الوصيه لهم كالوقف
عليهم وقال زفر والشافعي في قول غير مشهور ان الوصيه تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول وقلنا
ان هذا تمليك المال بالعقد فلا يثبت قبل القبول كالتمليك بالهبة والبيع ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب
يعني اذا اشترى المريض شيا واوصى به لرجل ثم ان الموصى له وجد به عيبا لا يرده على بايع الموصي
وكذا لا يرد عليه بعيب يعني لو اوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيا من التركه ووجد المشتري به عيبا
لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولايه الرد في الصورتين
جميعا كما في الوارث قوله الا في مسئلة واحده اي يملك بدون القبول فيها وفي الذخيره لو مات
الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول والرد يدخل الموصى به في ملك وارث الموصى له استحسانا
والقياس ان يبطل لتوقف ملكه على القبول كالهبة فاذا مات من له القبول قبل القبول بطل كما في الهبه وهو
قول بعض اصحاب الشافعي واحمد وقال الشافعي ومالك واحمد يقوم ورثته مقامه في القبول والرد حتى
لانه حق ثبت للمورث فيثبت لوارثه بعد موته لقوله صلى الله عليه وسلم من ترك حقا فلورثته وبالقياس
على خيار الرد بالعيب قلنا تلزم الوصيه في حق وارثه ويدخل في ملكه بغير قبول لان الوصيه قد تمت
ولزمت من جهه الموصي تماما ولزوما لا تقبل الفسخ من جهته بموته وانما توقف في حق الموصى له لخيار
القبول والرد فاذا مات بطل خياره ودخل في ملك وارثه كما لو اشترى شيا على ان له الخيار فمات
قبل الاجازة وانقضا المدة يبطل خياره ويدخل المبيع في ملكه ولا خلاف للايمة الاربعة في ان الموصى له لو
مات قبل موت الموصي بطلت الوصيه وهو قول اكثر اهل العلم وعن الحسن لا تبطل فيكون لولد الموصى
له لانه مات بعد عقد الوصية فيقوم وارثه مقامه وعن عطا اذا علم الموصي بموت الموصى له ولم يحدث
فيما اوصى شيا فهو لوارث الموصى له فصار كانه مات بعد موت الموصي وقلنا انه عطيه صادفت المعطى
له ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا والوصيه للميت ابدا لا تجوز عندنا والشافعي واحمد وقال مالك ان علم
موته حين الوصية تصح فهي لورثته لان غرضه نفع ورثته وقلنا الورثه تفتقر الى القبول فلم تصح للميت
قوله لان الدين مقدم على الوصية ولا نعلم فيه خلافا وفي الكشاف وانما قدم الوصية على الدين في
قوله تعالى من بعد وصيه يوصي بها او دين مع ان الدين مقدم شرعا لما ان الوصيه مشبهة بالميراث في كونها
ماخوذة من غير عوض فكان اخراجها مما يشق على الورثة ولا تطيب انفسهم بها فكان اداوها مظنة
الى ادايه فلذلك قدمت على الدين بعثا على المسارعة الى اخراجها ووجوبها مع الدين ولذلك جي بكلمة
او للتسويه بينهما في الوجوب وفي المبسوط على الحكم يقرون الوصيه قبل الدين وكان صلى الله عليه وسلم بدا
بالدين وهكذا عن ابن عباس فهذا منه اشارة الى التقديم والتاخير في الايه وقضا الدين من اصول حوايجه
لان ذمته تفرغ به والوصية ليست من اصول حوايجه وحاجته مقدمه في تركته فصار كتجهيزه وتكفينه
قوله ولا تصح وصية الصبي سوا مات قبل الادراك او بعده وبه قال الشافعي في قول واصحاب

الطاهر والحسن ومجاهد وابن عباس وقال الشافعي يصح وصيه الصبي المميز في قول وبه قال احمد
ومالك والشعبي والنخعي واسحق وعمر بن عبد العزيز وشريح وعطا والزهري واياس وعبد الله بن عيينه
قوله اجاز وصية يفاع اي صبي يفاع او يافع من ايفع الغلام اذا ارتفع فهو يافع وغلام يفاع بمعنى
يافع وجمعه يفعان ولا يقال صبي موفع وهو من النوادر وعن ابن مسعود مثله وروى ملك في الموطا
قيل لعمر ان ههنا يفاعا لم يحتلم ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له فقال عمر فليوص
لها فاوصى لها ولانه تصرف محض نفعا له فيصح منه كالاسلام والصلاة وعند الشافعي تصح وصيته
ولا يصح اسلامه وقبول الهبه والصدقه لانه امكن تحصيل الاسلام بوليه فلا يعتبر فيه عقله ورشده
وكذا قبول الهبه والصدقه تحصل بفعل وليه واما اكتساب الاجر بالوصية لا يمكن تحصيله بغيره
قوله ولم تنفذ اي وصيته سعي اي المال على غيره اي على غير الصبي ولو قلنا بنفاذ وصيته كان
المالك باقيا على نفسه بسبب حصول نيل الزلفى والدرجه العليا وكان مبقى على نفسه بهذا الطريق
فيكون نفوذ وصيته اولى من عدم نفوذها **قوله** ولنا انه اي الوصية تبرع وليس الصبي من اهله كالهبة والصدقة فانهما لا يصحان منه بالاجماع **قوله** والاثر محمول على انه قريب
العهد بالحلم مجازا يعني كان بالغا ولم يمض على بلوغه زمان كثير بان كان بلغ ومضى عليه يوم او يومان
ومثله يسمى يافعا مجازا والشي اذا قرب بالشي يسمى باسمه كما في قوله عليه الصلاة والسلم لقنوا موتاكم
وهذا لم يفسر عمر ان وصيته لعمل القربه او لغيره كذا في المبسوط قال ابن حزم ما روى عن عمر وابن
مسعود لم يصح ولا ندري من ان رواه عن ابن مسعود وخالفهما ابن عباس وقد صح بنص القران والحديث
ان الصبي ممنوع من امواله قال تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم وقال عليه الصلاه والسلم رفع القلم عن ثلاث وذكر منها الصغير قال الطحاوي
الاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان روايه عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا وان
كان مقبولا لكنه خالف عموم قوله عليه الصلاه والسلم رفع القلم عن ثلاث الحديث كذا في مبسوط شيخ
الاسلام **قوله** الى اوضاع التصرفات يعني يعتبر في التصرف اصل الوضع لا الاحوال والوصيه في اصل
الوضع من باب تمليك وقد يتفق النفع فيها في بعض الاحوال وقد لا يكون فيه نفع بان اوصى لفاسق يصرف ذلك
المال في الفسق وهذا اعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى وفي الحديث من اعان على تارك الصلاة بكف
من ملح عاقبه الله تعالى سبعين خريفا في جهنم كذا في بعض الجوامع **قوله** اعتبره بالطلاق فان كان الطلاق
قد يتفق نفعا بان يطلق المعسر ويتزوج باختها الموسرة او يطلقها بان كانت زانيه سليطه ويتزوج بالصالحه
ولا يملكه الصبي ولا وليه اما قوله منفعة الوصيه لا يمكن تحصيلها بوليه قلنا منفعة الهبة والصدقه
من حيث الاجر وصله الرحم لا يمكن تحصيلها له ايضا بوليه ومع ذلك لا يصح ذلك منه مع ان الصبي يحرز
الثواب بترك الوصيّة والمال على ورثته كما بيناه من قبل من قوله لانه يدع ورثته اغنيا الحديث وكذا
الاعتاق لا يصح منه وان كان في الاعتاق ثواب **قوله** بخلاف العبد والمكاتب فان وصيتهما وعتاقهما
يصح تعليقا لا تنجيزا وكذا المدبر وام الولد ولا نعلم فيه خلاف **قوله** عرف في موضعه وهو باب
الحلف في ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير فقد ذكر فيه لو ان ماذونا او مكاتبا قال اذا
اعتقت فكل مملوك املكه فهو حر فعتق فاشترى مملوكا عتق لانه اضاف الاعتاق الى ملك قابل للاعتاق
وهو ما بعد الحريه فيصح وهذا بخلاف الصبي اذا قال اذا بلغت فكل مملوك املكه فهو حر كان باطلا لان
بطلان تصرف الصبي لعدم اهليته والتعليق والتنجيز في ذلك سوا اما بطلان تصرف العبد ما كان لعدم
الاهليه بل للخلل في الملك فاذا اضافه الى ملك قابل للاعتاق يصح اما اذا قال الماذون او المكاتب

كل مملوك لي حر فهو دون التعليق لا يصح لان قوله كل مملوك املكه يتناول الحال وذلك غير قابل للاعتاق
اما اذا قال اذا اعتقت كل مملوك املكه فهو حر يصح ولو قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فملك
مملوكا بعد العتق عند ابي حنيفه لا يعتق وعندهما يعتق لان ذكر الملك مطلقا ينصرف الى ملك قابل للاعتاق
وهو ما بعد الحريه وله ان للمكاتب نوع ملك قبل الاعتاق وهو ظاهر ونوع ملك بعد الاعتاق وهو غير
ظاهر فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر كما لو تزوج امراه نكاحا فاسدا ثم قال لها ان طلقتك
فعبده حر ينصرف اليمين الى الطلاق في النكاح الفاسد كذا في الجامع الكبير لقاضي خان **قوله** ويجوز
الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من سته اشهر من وقت الوصيه وبه قالت الايمه الثلاثه والثوري
ولا نعلم فيه خلافا في النهاية عن وقت موت الموصي لانه ذكر في المبسوط لو اوصى بما في بطن جاريته ثم ولدت
بعد موته لسته اشهر او اكثر لا وصيه له لانه اوصى بالمعدوم لم يعلم وجوده عند الموت فما ذكر ههنا
يخالف له الا ان يأول قوله عن وقت الوصيه عن وقت وجوب الوصيه ولكن يشكل على ما ذكر
في المبسوط والكتاب مسئله الوصية بثمرة بستانه ابدا فانه يجوز وجاء في الكتاب في باب الوصيّة
بالسكنى والثمره وكذا الوصيه بغله بستانه يقع على الموجود والمعدوم وكذا وجود الموصى له ليس
بشرط لصحه الوصيه الا ترى انه لو اوصى لاولاد فلان ولم يكن له ولد وولد بعد الوصيه قبل موت الموصي
فالوصيه صحيحه له واجناسه يجي في باب الوصيه للاقارب من الكتاب وذكر المحبوبي ايضا وجوابه يجي
هناك ايضا ان شا الله تعالى وعند الايمه الثلاثه يصير من حين الوصية كما ذكر في الكتاب **قوله**
والجنين صلح خليفة الى اخره والقبول شرط ثبوت الملك لا شرط صحه الوصيه فيصح وان لم يكن القبول
قوله الا انه يرتد بالرد جواب سوال مقدر وهو ان الوصيه لو كانت اخت الميراث ينبغي ان
لا ترد بالرد كالارث فاجاب بما ذكر ان الهبة لا تصح لانها تمليك محض ولا ولايه لاحد على ما في البطن
اما الوصيه صحيحه لان الايصا خلافه وخلافه الحمل صحيح شرعا لحاجه الميت **قوله** لا يتناول
الحمل لفظا **فان قيل** اذا لم يتناوله اسم الجاريه ينبغي ان لا يصح استثناوه لانه تصرف في
الملفوظ **قلنا** نفي لصحته التزيين بها كما في استثنا ابليس وههنا الحمل جزء لانه ما لم ينفصل فبهذا
الملابسه والتبعيه جاز الاستثنا مع ان صحة الاستثنا لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل استثنا قفيز
حنطه من الف درهم ولان اسم الجارية يتناول الحمل من وجه لان الجاريه اسم للمجموع والحمل جزء
فيتناوله ضمنا اي الحمل يستحق بالاطلاق اي باطلاق لفظ الجاريه دون الاستثنا تبعا يعني يدخل
الحمل في الوصيه بالجاريه تبعا **قوله** لانه اي الوصيه على تاويل الايصا تبرع لم يتم لانه مضاف الى
ما بعد الموت والتبرع النافذ وهو الهبه يحتمل الرجوع فالمضاف اولى اجمع اهل العلم على جواز
الرجوع للموصي في جميع ما اوصى به او بعضه الا الوصية بالاعتاق والاكثرون على جواز الرجوع
في الوصيه وهو قول الايمة الاربعه وعطا وجابر بن زيد والزهري وقتاده واسحق وابو ثور وروى
عن عمر انه قال يغير الرجل ما شا من وصيته ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع وعن الشعبي وابن
سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ما شا الا العتق لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك التغيير كالتدبير
ولنا ما روينا عن عمر ولانه عطيه كالهبة فجاز الرجوع فيها قبل القبض كما في الهبه ويحصل الرجوع بالصريح
وبالدلالة بالاجماع اهل العلم اما الصريح فظاهر وهو قوله رجعت في وصيتي او ابطلتها او غيرتها
اما الدلاله فكل فعل يسقط به خيار الشرط في البيع لانها اي الدلاله تعمل عمل الصريح بل يفوق على الصريح
السابق لانها عامله في الحال وصريح قوله اوصيت لا يعمل في الحال وفي الذخيره دلاله انواع احدها
استهلاك الموصى به حقيقه او حكما كما لو اوصى بثوب فقطعه وخاطه قميصا او بقطن فغزله ونسجه

او بجديد صنعها سيفا فهذه التصرفات استهلاك حكما الا ترى ان حق المغصوب منه ينقطع بهذه
التصرفات ونوع من ذلك ان يخلطه بغيره خلطا لا يمكن التمييز اصلا كالسويق اذا لته بسمن ونوع
من ذلك ان يحدث فيه نقصانا فيه حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء الى يوم الموت فان كانت شاة
فذبحها واما الرجوع ضرورة فان تغير الموصى به وتغير اسمه لانه لا يبقى بعد ما وصى به كذلك الى يوم
الموت كما لو اوصى بحنطة فنبتت الزرع بها والقاها في طاحونة فصارت دقيقا قبل موت الموصى بطلت
الوصية او اوصى بالكفرى في نخله فصارت رطبا او اوصى بعنب فصار زبيبا او اوصى ببيضة فحضنت
دجاجة عليها فاخرجت فرخا بطلت الوصية ولو كان التغير في هذه المسايل بعد موت الموصى قبل قبول
الوصية او بعده لا تبطل الوصية لان التغير حصل بعد تمام الوصية فلا يوجب بطلانها ولو اوصى برطب
فصار تمرا لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف العنب اذا صار زبيبا لان الرطب والتمر جنس واحد ولهذا
جاز استيفاء احدهما مكان الاخر في السلم وجاز بيع الرطب بالتمر متماثلا عند ابي حنيفة فلم تتغير وفي العنب
تغير العنب والاسم وكذا البيع والهبة ولا نعلم فيه خلافا للائمة الثلاثة وعن الشافعي في وجه اذا جعل
الرطب تمرا رجوع كما في العنب **قوله** وهدم البناء فيها حيث لا يكون رجوعا عندنا وعند الائمة
الثلاثة يكون رجوعا لانه تصرف يوجب تغير الموصى به ولهذا لو فعله في ملك غيره يوجب الضمان
اما لو انهدمت بنفسها لا يكون رجوعا بالاجماع ولنا ان البناء تابع والتصرف في التبع لا يدل على
اسقاط الحق عن الاصل كالتخصيص **قوله** فكان تقريرا اي تقريرا للوصية ليصل الموصى به
الى الموصى له على الطف حال وعن الشافعي في وجه يكون رجوعا اذا قصره **قوله** وفي جحد الوصية
لم يكن رجوعا حتى لو قامت البينة على الوصية بعد موت الموصى قبلت هكذا ذكر في الجامع وفي
المبسوط جحود الوصية رجوع قال بعض مشايخنا لا اختلاف بين الروايتين ولكن ما ذكر في الجامع
محمول على ان الجحود كان عند الموصى له والجحود عند غيبته لا يكون رجوعا على الروايات كلها لان الجحود
ليس بصريح رجوع ولكن لما كان نفيا للحال اقتضى الرد وانما يثبت الرد اذا صح الانكار والانكار على
الغايب لا يصح لان الانكار من باب المعارضة واذا لم يصح الانكار لا يصح ما يقوم به وهو الرد وما
ذكره في المبسوط محمول على ما اذا كان جحوده عند حضرة الموصى له والجحود عند حضرته يكون رجوعا
باتفاق الروايات وقال بعضهم ما ذكر في المبسوط محمول على الجحود الحقيقي رجوع على الروايات كلها
وما ذكر في الجامع محمول على صورة الرجوع فان موضوع مسئلة الجامع فيمن اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال
لقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لان هذا طلب شهادة الزور فكان قال اشهدوا على باطل
فلم يكن رجوعا ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام هو الاصح وفي مبسوط السرخسي
والاصح ما ذكره المعلى في نوادره ان على قول محمد لا يكون رجوعا وعلى قول ابي يوسف يكون رجوعا وهو
قول الشافعي ومالك واحمد في رواية وفي رواية عن احمد لم يكن رجوعا كقول محمد وعن ابي حنيفة روايتان
لابي يوسف ان الرجوع نفي الوصية في الحال والجحود نفي لها في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا
الا ترى ان جحود التوكيل عزل وجحود المتبايعين اقالة ولمحمد ان الجحود الى اخره يعني الرجوع عن الشيء يقتضي
وجود ذلك الشيء والجحود يقتضي سبق عدمه اذ الجحود نفي لاصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى
وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال او يقال العدم في السابق من لوازم الجحود والوجود
في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللازمين يستلزم تنافي الملزومين والا يلزم احد المحالين وهو الجمع بين
اللازمين المتنافيين او وجود الملزوم بدون اللازم فكان بين الجحود والرجوع منافاة ضرورة كونهما
ملزومين فلا يكون الجحود رجوعا لان احد المتنافيين لا يكون مستلزما للاخر ولهذا لا يكون جحود النكاح

فرقة **فان قيل** ينبغي ان يكون الجحود رجوعا مجازا عن الرجوع تحرزا عن الغاء كلامه وصيانة عن
الكذب كما قال ابو حنيفة في اكبر سنا منه هذا ولدي يحمل مجازا عن العتق لصيانة كلامه عن الالغاء
قلنا لو جعلنا هذا الكلام رجوعا لبطل الاول وهو ايصاؤه والايصاء انه اوسع وسعيد اسم
بلا بنيا لما تجحنا لو جحنا جهة تصحيح الاول بخلاف مسئلة اكبر سنا منه فان العتق اسرع نفوذا من ساير التصرفات
كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله وفي النهاية تاخير المصنف دليل محمد يدل على اختياره
قول محمد ولكن ذكر في الذخيرة وفي المبسوط والاصح قول ابي يوسف بوجه الاصح ان الجحود كذب حقيقة
الا انه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وامكن حمله على الفسخ لان الموصي
ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد احد المتعاقدين لان هناك حمله على الفسخ لان احد
المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح
من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك تعذر حمله على الفسخ ايضا لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا
يمكن ان يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة لان الجحود نفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا نفي وبعد
اثبات الطلاق بطريق الاضمار لان نية الاضمار انما يصح لو صرح به يستقيم ولو صرح بالطلاق وقال
لم اتزوجك لاني طلقتك لم يصح بخلاف قوله لا نكاح بيني وبينك او لست لي بامراة او ما انا بزوجك ونوى
الطلاق على قول ابي حنيفة لان هناك امكن اضمار الطلاق الا ترى انه لو صرح فقال لا نكاح بيني وبينك
او لست بامراتي لاني طلقتك فكذا اذا اضمر اليه اشار في الذخيرة والمبسوط واذا كان ثابتا في الحال
كان الجحود لغوا وذلك لان الجحود لما كان نفيا في الماضي والانتفاء في الحال ضروري فيكون النفي في
الماضي متضمنا للانتفاء في الحال فلما كان كاذبا في النفي لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتا في الحال **قوله**
ولو قال اخرتها الى قوله وقد ذكرنا حكمه لا نعلم فيه خلافا في هذا المجموع **قوله** لان اللفظ يدل
على قطع واثبات تخصيص العبد لفلان فلما قال هو لفلان كان رجوعا لانه لم يذكر فيهما حرف الاشتراك
قوله وقد ذكرنا حكمه اشارة الى قوله وهو ان الورثة بالخيار ان شاؤوا اجازوا وان شاؤوا ردوا
قوله فهو للورثة اي لورثة الموصي لا لفلان ولا لورثته لبطلان الوصيتين لانه لما اثبت للثاني
كان رجوعا عن الاول فبطلت الوصية في حق الاول وصحت في حق الثاني ثم بطلت لموته قبل موت الموصي
كذا في الايضاح ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو لعقب زيد ومات زيد قبل الموصي
وله عقب ثم مات الموصي له فهو لعقب زيد ويكون رجوعا

باب الوصية بالثلث

لما ذكر الوصية ومسايلها ومراد الوصية عند عدم الاجازة على الثلث
عقب مسايل الوصية بالثلث **قوله** تساويا في سبب الاستحقاق وهو الايصاء بالثلث وبقوله والمحل
يقبل الشركة تحرزا عما قبل الباب ولو قال العبد الذي اوصيت الى اخره وعما لو اقام رجلان بينة على
نكاح امراة واحدة حيث لا يقضى لهما لان المحل لا يقبل الشركة ولا لواحد منهما ايضا لعدم الاولوية وكذا
لو اقاما بينة على عين معين في يد فلان انه رهن لهما بطل البينتان لما ذكرنا **قوله** على سبب صحيح في
المغرب ادليت الدلو في البير ارسلتها فيها ومده ادلى بالحجة احضرها **قوله** فالثلث بينهما على اربعة عندهما
الى اخره وكذا الخلاف لو اوصى لاحدهما بنصف ماله ولاخر بربع ماله فالحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه
الله لا يضرب الموصى له عند عدم الاجازة باكثر من الثلث وبه قال ابو ثور وابن المنذر وعند ابي يوسف
ومحمد يضربون بقدر سهامهم في الثلث عند عدم الاجازة باكثر من الثلث وبه قالت الائمة الثلاثة والحسن
والثوري والنخعي وابن ابي ليلى واسحاق الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة فان عند ابي حنيفة في
المسايل الثلاثة يضربون بقدر سهامهم كما قالا واجمعوا على ان الوصايا اذا كانت لكل واحد لا تزيد على

الثلث بان اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بسدسه لا يقسم الثلث بينهما على السوا بل على قدر حقهما كما في الديون فيجعل الاول سهمان فصارت ثلاثة اسهم سهم لصاحب الاصل وسهمان لصاحب الاكثر ثم صورة المحاباة ان يكون له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع واحد منهما بمائة والاخر للاخر بمائة فههنا حصلت المحاباة لاحدهما الف وللاخر خمسمائة وذلك كله وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له مال غيرهما ولم تجز الورثة صارت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهو الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان كسائر الوصايا بعدم وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف اكثر من خمسمائة وصورة السعاية هو ان يوصي بعتق عبديه قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم تجز وا يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان فيعتق منه بقدر ثلث الالف ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف فيعتق منه بقدر ثلث الالف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة بان اوصاه بشي بعينه ولم ينسبه الى جزء من المال هي ان يوصي لرجل بالف ولاخر بالفين وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى له بثلث ماله ولاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ من مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال اخر دخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث كذا في شرح الطحاوي **قوله** كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اي يبطل المحاباة ببطلان البيع ويصح بصحته **قوله** بخلاف مواضع الاجماع لانه لم يظهر ان التصرف لم يصادف محله لان حق الورثة في اعيان التركة دون الدراهم المرسلة والوصية بالسعاية كالوصية بالدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانه وصية بالثمن فصار بمنزلة المرسل ويتصور تنصف الكل بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت بخلاف [illegible] الخلاف بان ماله كثر او خرج له مال اخر دخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث **فان قيل** هذا فاسد والخلاف ثابت فيما اذا اوصى بعبد بعينه لانسان قيمته الف وبعبد بعينه لاخر قيمته الفان ولا مال له غيرهما وهنا يتصور تنفذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت فيخرج العبد من ثلثه **قلنا** نعم ولكن وصيتهما بعين التركة وعين التركة حق الورثة فكانت الوصية واقعة في حق الورثة الا ترى انه لا يصح الا بعد قيام ملكه في العين عند الوصية ويبطل بهلاكها وان استفاد مالا اخر بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة لانها صحيحة وان لم يكن في ملكه مال عند الوصية ولو هلكت التركة ينفذ فيما استفاد من المال فلم يكن متعلقه بعين ما تعلق به حق الورثة واما في صورة الاعتاق والمحاباة يتعلق حق الموصى له بالعين ضمنا للاعتاق والبيع لا قصدا ولان العين بالبيع والاعتاق لا يبقى في ملك الورثة حتى يتعلق حقهم في العين **قوله** فالوصية باطلة وبه قال اصحاب الشافعي واحمد ولو قال بمثل نصيب ابن او بنت او وارث جاز وقال زفر جازت الوصية في الوجهين وبه قال مالك واحمد في رواية وبعض اصحاب الشافعي وابن ابي ليلى واللؤلؤي واهل البصرة وداود وفي الهداية انما تبطل الوصية في الصورة الاولى اذا كان الابن او الابنة موجودا لان نصيبهما ثبت بنص الكتاب فقد اراد تغيير ما فرض الله تعالى فلا يصح اما اذا لم يكن له ابن ولا ابنة فانه يصح الوصية لانه ليس فيه تغيير ما فرض الله تعالى في كتابه اما في الوصية بمثل نصيب ابن جازت الوصية سوا كان له ابن او لا **قوله** لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان فيه تغيير ما فرض الله تعالى فصار كانه اوصى له بمال زيد فنظر اي زفر الى الحال

اي الى الحال التي هو حي فيها بعد والكل ماله يتصرف في ماله كيف شاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير وفي المغني لابن قدامة الحنبلي يمكن تصحيح وصيته بان يحمل لفظه على مجازه بان اقام المضاف اليه مقام المضاف اي بمثل نصيب ابنه حملا لكلامه على المجاز صيانة عن الالغا ويعضد الوصية لكونها انفع بالاقربا المتاخرة فصار في المسئلة الاولى كالثانية ولكلامه وجه وما وجدت له دافعا في الكتب **قوله** ومن اوصى بسهم ماله فله اخس سهام الورثة اي ما لم يزد على السدس فاذا زاد دفع اليه السدس وبه قال احمد في رواية ومالك في قول وقال بعض اصحاب مالك يعطى له الثمن لانه اقل له اكثر من السدس من سهام الفريضة لان السدس اول السهم في الاصول وقال احمد في رواية ومالك في قول وقال بعض اصحاب مالك يعطى له الثمن لانه اقل له اكثر من السدس من سهام الفريضة يعطى له سهم مما يصح منه الفريضة وهذا قول شريح لان قوله سهم ينصرف الى سهام الفريضة فينصرف السهم اليها فكان واحدا من سهامها وهو قول ابي يوسف ومحمد لكن لا يزاد على الثلث وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاؤا لان ذلك يقع عليه اسم السهم كما لو اوصى بجزء او حظ والمراد باخس الانصبا اقلها **قوله** الا ان ينقص عن السدس فيتمم له السدس ولا يزاد عليه اي على السدس يعني يكون له السدس وعن هذا قال في المبسوط الا ان يكون اخس السهام اكثر من السدس لا يزاد على قول ابي حنيفة وقال في موضع اخر له السدس **ثم اعلم** ان في نسخ الجامع الصغير والمبسوط لم يذكر قوله الا ان ينقص عن الثلث فيتمم له بل قال فيها فله اخس سهام الورثة ولا يزاد على السدس الا ان يجيزه الورثة فكذا في غيره فعلى رواية شروح الجامع ينقص عن السدس ولا يزاد على السدس فعلم ان هذا سهو وقع من الكاتب وجعل حكم الاصل حكم الجامع وعن هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين بن المصنف **قوله** وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس والمراد بقولهما فله نصيب احد الورثة الاقل من الانصبا ولكن لا يزاد على الثلث بل يعطى الثلث ويزاد على السدس وقد صرح بهذا الامام قاضي خان حيث قال وقال ابو يوسف ومحمد له اخس سهام الورثة الا ان يكون ذلك اكثر من الثلث ويدل عليه قولهما لكن الاول متفق الى اخره صورتها اوصت امراة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا يعطى له السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى له الربع قال صاحب المجتبى والفرق بين رواية الجامع الصغير ورواية هذا الكتاب ان على رواية هذا الكتاب اذا نقص اخس سهام الورثة عن السدس يعطى له تمام السدس ولم يتعرض بما يكون اكثر من السدس لكن تعليل الشارحين له باسهم ينفي ذلك وعلى رواية الجامع يعطى له اخس سهام الورثة ولا يبلغ السدس واذا كان اكثر من السدس لا يعطى له الزيادة الا باجازة الورثة وقد صرح بهذا في شرح قاضي خان فقال عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية له اخس سهام الورثة ولا يزاد على الثلث وفي رواية اخس سهامهم الا ان ينقص من السدس فيتمم له السدس **قلت** وفيها دقيقة لا بد من معرفتها وهو انه اذا اوصى بسهم واخس سهام الورثة الثمن او الربع لا يعطى له تمام الثمن فيزاد فيه تسع او مثل الربع فيعطى الخمس حتى لو ترك ابنا وزوجة فللموصى له مثل نصيب الزوجة فيزاد سهم على ثمانية فيكون وصيته التسع قال النسفي وهذا بالاجماع ولو تركت الموصية ابنا وزوجا فللموصى له مثل نصيب الزوج فيزاد سهم على اربعة فيكون وصيته الخمس وعنده السدس لانه اقل من السدس فله السدس ويقسم الباقي بين الابن والزوج ارباعا كذا ذكر في شرح الطحاوي وفي الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رحمه الله النقصان من السدس فلم يجز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع

حوز الزيادة على السدس ولا يجوز النقصان عن السدس **قوله** كان اياسا هو اياس بن معويه ابن قره القاضي بالبصره وهكذا قال الحسن والثوري ويوصحه ما ذكر في المبسوط ان اعدل الاعداد في خروج سهام الفرايض سته فانها تشتمل على ما يستحق من السهام بالقرابة الاصليه كالسدس والثلث والنصف والثلثين واقله السدس ولذلك صار هو مرادًا الا انه لما ذكر اسم السهم لا الثلث علمنا انه ما اراد الثلث ولا النصف لانه ليس له ان يوصي بالنصف فتعين السدس وقد روى ابن مسعود سئل عمن اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وروى ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقال عليه الصلوة والسلم في ذلك بالسدس **قوله** كلو اوصى بجزء من ماله او بقسط او نصيب او شي من ماله اعطى الورثه ما شاوا ولا يعلم منه خلاف وكذا لو قال اعطوا فلانا من مالي او ارزقوه لان ذلك لا حد له في اللغة ولا في الشرع فكان على اطلاقه **قوله** ويدخل السدس فيه اي في الثلث لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث على السدس فيحمل كلامه في السدس تكرارا حملا لكلامه على المتيقن وعلى ما يملك الايصا به وهو الثلث وقيل انما قال واجازت الورثه لدفع وهم وهو ان يقال ينبغي ان يعطي الموصى له نصف المال لان الثلث مع السدس نصف المال وفيه نوع تامل **قوله** هو المعهود في اللغة كون الثاني عين الاول معلوم في استعمال اهل اللغة يقال جاني زيد ثم يقال اكرمت زيدا اي ذلك بعينه كذا ذكره البزدوي ولكن قال وفيه نظر وهذا البحث بتمامه مذكور في بيان الوصول في شرح البزدوي **قوله** يمكن جمع حقوقهم في الواحد يعني يمكن جمع حق شايع لكل واحد **قوله** وصارت الدراهم كالدرهم اي صارت ثلث الدراهم كالدرهم بيانه انه لو اوصى بدرهم وله ثلاثه دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث فانه ينفذ وصيته من الدراهم الباقي كذا هنا كذا ذكره البزدوي وفي المبسوط القياس قول زفر والاستحسان قولنا والحكم في الهلاك والاستحقاق على السواء وبقولنا قال الشافعي واحمد وبقول زفر قال ابو ثور وابن سريج من اصحاب الشافعي وهو قياس قول مالك لا يعتبر قدر المال حال الوصيه لا الموت وفي الجامع المحبوبي في الفرق والحاصل ان كل ما يحتمل القسمه ويقسم قسمة واحدة فللموصى له الباقي كما في الاقسام الثلاثه والدراهم والثياب الرابعه من صنف واحد وكل ما لا يحتمل القسمه ولا يقسم قسمة واحدة بل يقسم كل جنس على حدة كالعبيد والدور والاثواب المختلفة كالهروي والمروي والقوهي فله ثلث الباقي والفرق ان حق الموصى له مقدم في المستفيد على حق الورثه اذا كانت الوصيه معينة لحق الغرم في التركه وكان حقه كالاصل وحق الوارث كالتبع والاصل ان المال اذا اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شي منه جعل الهالك من التابع كما في مال المضاربة يصرف الهلاك الى التبع وهو الربح فههنا يصرف هلاك الدرهمين الى نصيب الوارث الذي هو تبع لما ان الدراهم من القبيل الذي يحتمل القسمه ولما صرف الهلاك الى نصيب الوارث بقي الدرهم الباقي حقا للموصى له فاخذه بخلاف العبد والدور والاثواب المختلفة لانها لا تقسم قسمه واحدة حتى لو طلب بعض الشركا قسمه العبيد الثلاث من القاضي وابى الباقون ليس للقاضي جبرهم على القسمه لان الغرض الانتفاع فلا بد من الاجبار على القسمه وكذلك العبد بعد ما فيهما من التفاوت العظيم في المنفعة واذا لم يجز فيها القسمه بعد صرف الهلاك الى نصيب الورثة وجعل الباقي للموصى له لان ذلك نوع قسمه واذا تعذر تحقق القسمة من هذا الوجه بقي الكل مشتركا من الورثه والموصى له اثلاثا فما هلك يهلك على التركه وما بقي بقي على الشركه اثلاثا فكان للموصى له ثلث العبيد الباقي **قوله** وقيل هو قول الكل اي هذا الحكم وهو انه لم يكن للموصى له الا ثلث الباقي

قول الكل لان عندهما هذا بيان الفرق على قولهما ان في هذا ثلث الباقي مع جريان قسمه الجبر في الدور المختلفة وكذا في العبيد فقالا جمع الانصبا في القسمة بفعل القاضي واجتهاده وفي الهلاك لا فعل من القاضي فلا يجب الجمع وبقي المال كله مشتركا **قوله** اشبه وهو ان في المسئلة احلافا للفقه المذكور وعذرهما ليس بشي لما ان في الاجناس المختلفة انما جمعنا للامكان بالجبر على القسمه فكذلك ههنا عندهما ينبغي ان يجمع الانصبا كما في المسئلة الاولى لامكان الجبر على القسمه **قوله** وكل ما خرج شي من الدين اخذ ثلثه ولا نعلم فيه خلاف **فان قيل** ينبغي ان لا يستحق الموصى له من الدين لان وصيته بالف هو مال والدين ليس بمال ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث فاذا لم يثبت حقه في الدين كيف ياخذ ثلث ما خرج منه **قلنا** الدين بعد الخروج مال والموصى له شريك للورثه في مال الموصي وثبوت حقه بعد الخروج وان لم يكن قبل الخروج غير محال الا ترى ان الموصى له بالثلث لا يثبت حقه في القصاص واذا انقلب القصاص مالا يثبت حقه لانه مال الميت فكذا الدين بعد الخروج اليه اشار في المبسوط اما مسئلة اليمين فمبنيه على العرف **قوله** ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال اي في كل الاحوال بدليل مسئلة اليمين وانما يعدل النظر من الجانبين فيما ذكرناه وهو ان يكون الموصى له شريكا للورثه لا ان يكون الموصى له مخصوصا بالعين ولا نعلم فيه خلاف **فان قيل** لو كان الموصى له شريكا للورثه في مال الميت مطلقا ينبغي ان يجب على الوارث حصه الموصى له فيما اذا اوصى له بشي معين وهو يخرج من الثلث فهلك العين حيث لا يجب شي **قلنا** قال في شرح الطحاوي الوصيه على ثلاثه انواع في نوع يكون الموصى له كالمودع والموصى به كالوديعة وهو فيما ذكرنا ان تكون الوصية بشي معين ويخرج من الثلث فاذا هلك فلا ضمان عليه كالوديعة وفي نوع يكون الموصى له كالغريم وهو فيما اذا اوصى له بدراهم من سكه فانه يعطي الموصى له ثلث الدراهم ان كان حاضرا والا يباع تركته ويعطي تلك الدراهم وصار هذا كالدين وفي نوع يكون كالشريك للورثه وهو ما اذا اوصى له بثلث ماله او بربعه فتكون التركه مشتركه بينهما فما هلك يهلك بالحساب وما بقي بقي بالحساب **قوله** فالثلث كله لزيد سوا علم موت عمرو او لا وبه قال الشافعي في قول واحمد واسحق والبصريون وفي الكافي وكذا لو قال لزيد ولعقب عمرو او لزيد ولولد بكر ولا ولد له او مات ولده قبل موت الموصي او لزيد ولمن في هذا البيت وليس فيه احد او له ولمن افتقر من ولده وفات شرطه عند موته فلزيد كله في هذه الصور لان المعدوم او الميت لا يصلح مستحقا فلم تثبت المزاحمة المزاحمة لزيد وصار كما لو اوصى لزيد وجدار وكذا العقب معدوم في الحال لان العقب من يعقبه بعد الموت وعن ابي يوسف اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث وبه قال الشافعي في قول واحمد في روايه ومالك لانه اذا لم يعلم بموته فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما لو علم بموته لان الوصيه وقعت له لغوا الا على قول مالك فانه قال لو علم بموته يصح الوصيه ويكون الوصيه لورثته لان مقصوده من هذه الوصيه ايصال النفع الى ورثته وقد مر لان الوصيه اي عند الموصي صحيحه لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث وقلنا استحقاق الحي لجميع الثلث بانعدام المزاحمه وفي هذا لا فرق بين علمه بموته وجهله بخلاف ما قال بين فلان وفلان واحد منهما ميت فللاخر نصف الثلث لان كلمة بين يقتضي المناصفه قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد المناصفة بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم فاذا صرح بما يوجب المناصفه كان موجبا لكل واحد نصف الثلث كذا في المبسوط وقال الثوري والشافعي في قول لا فرق بين قوله بين فلان وفلان وبين قوله لفلان وفلان في ان نصفها للحي وفي الكافي لو قال ثلث مالي بين زيد وبكر

وهو ميت او لزيد وبكر ان مت وهو حي او فقير فمات وهو ميت او غني او قال لزيد ولبكر ان
كان في البيت ولم يكن فيه او له ولولد بكر فحدث له او كان فمات فحدث غيره او له ولولد فلان
ان افتقر وانه لم يفتقر او حتى مات الموصي او له ولورثته او لابني زيد وله ابن واحد ففي هذه
الصور له نصف الثلث اما الاول فلان كلمة بين توجب التنصيف كما قلنا فلا يتكامل بعدم المزاحمة بخلاف
قوله لفلان وفلان فان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور وصيته الثلث والتنصيف بحكم
المزاحمة فاذا زالت المزاحمة تكامل الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث
ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق واما الثاني والثالث فلان الوصية صحت لهما ثم ثبت المزا
لان بكرا معلوم فدخل تحت الوصية الاستحقاق لعدم الشرط فلا يتكامل وصية الاخر واما
الرابع فلان الولد غير معين فيعتبر وجوده عند الموت وكان الثلث بينه واما الخامس
فلان الوصية صحت لهم وانما فات شرط الاستحقاق فلا يتكامل وصية الاخر واما السادس وهو
ان يوصي ولورثته فللاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث فلان الوصية
الى ما يملك والى ما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فيما لا يملك بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت حيث يكون
الكل للحي لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي فكان الكل للحي واما الوارث فمن اهل
الوصية حتى لو اجازت الورثة جازت فزاحم الاجنبي وعلى هذا اذا اوصى لقاتل ولاجنبي بخلاف ما لو
اقر المريض لوارثه ولاجنبي بعين او دين فانه باطل كله عند ابي حنيفة وابي يوسف بكل حال لان
لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحق منهما ولا يصح في حق من لا يستحق منهما
ولا يلزم من بطلان الحكم بطلان الايجاب كما اذا اوصى لرجلين ورد احدهما وقبله الاخر اما الاقرار
فاخبار عن امر كاين وقد اخبر بوصف الشركة فيما مضى فلو ثبت هذا الوصف يكون الوارث فيه
شريكا وانه ممتنع ولو ثبت بدون هذا الوصف ليثبت على خلاف ما اخبر فيكون الزاما على المقر غير ما
اقر به وهو باطل واما السابع فلان هذا الاسم لا يطلق على الواحد فكانه قال بين فلان وفلان واحدهما
بيت ولو قال ثلث مالي بين بني زيد وبين بني بكر وليس لاحد منهما ابنون فكل الثلث لبني الاخر لانه جعل كل
الثلث مشتركا بين بني زيد حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم فاذا لم يثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم
بخلاف قوله بين بني فلان وفلان لما مر قوله واكتسب مالا وفي بعض النسخ ثم اكتسب مالا استحق
الموصى به ثلث ما يملكه عند الموت وبه قال احمد والشافعي في قول وقال الشافعي في قول يملك
ما كان موجودا عند الوصية يدخل لا عند الموت وفي النهاية هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو
شايع كالثلث والسدس اما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه وفي الذخيرة حاصل هذا
الفصل ان الموصى به ان كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى لو اوصى بعين لا
يملكه يوم ملكه يوما لا تصح الوصية ولو كان العين في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية معلومة حتى
لو هلك ذلك العين بطلت الوصية ومتى كان الموصى غير معين وهو شايع في بعض التركة فكذلك يعتبر
لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتعلق الوصية به ومتى كان الموصى به غير عين وهو
شايع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي بيان هذا الاصل من المسايل
اوصى بثلث ماله وله مال فهلك ثم اكتسب مالا غيره تعلق الوصية بمال موجود يوم الموت حتى
لم يبطل لهلاك يوم الوصية لان الميت لما اوصى له بشيء غير معين هو شايع في جميع المال جعله بمنزلة
احد الورثة لان الوارث هو الذي ثبت حقه في جميع المال شايعا والوارث انما يرث مال المورث
يوم الموت لا ما كان موجودا قبله ولم يبق الى يوم الموت قوله او لم يكن له غنم في الاصل ولا ملكه

بعد بطلت الوصية وفي المبسوط وكذلك العروض كلها لانها خص بالايجاب جنسا من ماله وليس لهذا
التخصيص فايدة سوى ان يكون المستحق بعض ذلك الجنس واذا لم يوجد ذلك الجنس في ملكه لم يجب شيء
لانعدام المحل الذي اوجب الوصية فيه قوله يعطى قيمة شاة اي شاة وسط يعني لو لم يكن شاة يوم
الوصية او كان وهلك ولكن له مال عند الموت يعطى له قيمة شاة لانه اي الموصي لما اضاف الشاة
الى المال وعينه لا يوجد في ماله فعلم ان المراد بماليته قوله ولم يضفه الى ماله بان قال له ولم
يقل من مالي وبدونها اي بدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة وهي منعدمة فلم تصح الوصية
قوله ولهذا يخرج كثير من المسايل من تلك المسايل ما ذكره في المبسوط لو قال بقفيز حنطة من مالي
او بثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ماله بخلاف ما لو قال من حنطتي او من ثيابي فانه
اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه على هذا في كل عرض
من ماله قوله واصله اي اصل هذا الحكم المذكور ان الوصية لامهات الاولاد جايزة اي استحسانا
والقياس ان لا يجوز لانها تملك مضاف الى ما بعد الموت وبعد موت مولاها حال حلول العتق فيها
والعتق حلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة ايضا فتكون الوصية باطلة وجه الاستحسان ان
الظاهر من حال الموصي ان يقصد الايصاء الصحيح لا الباطل فيكون مضافا الى ما بعد عتقها بدلالة حال
الموصي كذا في الذخيرة وروى عن عمر انه اوصى لامهات اولاده باربعة الاف درهم وروى ذلك عن
عمر بن الحسن ايضا وهو قول الايمة الثلاثة ثم في الوصية لعبده او امته اربعة اوجه اما ان او
لهما بدراهم مسماة او بمال مسمى نحو عرض او دابة وما اشبه ذلك فانه لا يجوز وبه قال اكثر اهل
العلم الا مالك واحمد في رواية حيث قالا يجوز ولو اوصى لهما بشيء من رقبتهما نحو الثلث او الربع فانه
يصح لما ان الوصية برقبة العبد كاعتاقه ثلث رقبته والعبد اهل ان يملك رقبته فيصح فيعتق كما
اما هو ليس باهل ان يملك مالا اخر سوى رقبته قبل العتق فلا يصح الوصية له بمال آخر ولو اوصى لهما
بثلث ماله يجوز وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي لا يجوز لانه اوصى بمال يصير للورثة فلم يصح
كما اوصى له بمعين ولنا ان ذلك بمنزلة الوصية بثلث رقبتها لان رقبتها من ماله ولو اوصى لهما بالف
او الفين مرسلا من غير اشارة الى شيء فلا رواية في هذا عن اصحابنا القايل ان يجعله من اعيان ماله ولقايل
ان يجعله بمنزلة الوصية بالثلث كذا في الذخيرة قوله والفقراء والمساكين جنسان بدليل عطف
المساكين على الفقراء في القران والعطف يقتضي المغايرة وفي المغني في الامالي عن ابي يوسف ما يخالف
هذا فقال لو اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين فعلى قول ابي حنيفة الثلث يقسم على ثلاثة
اسهم اما انا فاجعل ثلث ماله سهمين سهم لفلان وسهم للفقراء والمساكين فابو يوسف جعلهما جنسا واحدا
وعن احمد في رواية مثل قول ابي حنيفة وفي رواية في لفظ الفقراء لا يجوز الاقتصار على اقل من ثلاثة لانه
اقل الجمع وهو قول الشافعي كما في الزكاة اما لو اوصى لزيد والمساكين نصفه لزيد ونصفه للمساكين عندهما
وبه قال احمد وعند محمد لزيد ثلثه وعند الشافعي يكون كاحدهم وعن بعض اصحابه وجهين احدهما كمذهبنا
والثاني لزيد ربع الوصية لان اقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا اربعة قوله وا في الميراث
اثنان قيد بقوله في الميراث احترازا عن وصل الزكاة حيث هناك لفظ الجمع المحلى باللام ينصرف الى
الواحد بالاتفاق ثم لفظ الجمع ينصرف الى الاثنين في الميراث بالاتفاق والوصية اخت الميراث لما
انها تملك بعد الموت وكان في الوصية منصرفا الى الاثنين ايضا قوله ذلك في القران قال تعالى
فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد من الاخوة الاثنان فصاعدا والام تحجب من الثلث الى السدس
بوجود الاخوين كما في الاكثر واذا دخل الالف واللام في الجمع بلا معهود يصير للجنس بلا خلاف بين

اصحابنا كما ذكر في الاصول ومحمد ترك اصله هنا حيث اعتبر معنى الجمعية وحوابه عن وجهين احدهما
في روايه الاصل عن محمد انها ماقته على ما كانت والثاني انه يتحمل في الميراث مالا يتحمل في غيره فلهذا
لو اوصى بثمره بستانه ولا ثمرة له صحت الوصية وبطلت ماله ولا مال له واستعاد مالا بعد الوصيه
فعند منه فيكون الجهاله والتنكير في الميراث متحمله كذا في الفوايد الحميدية **قوله** ثم كان الاشراك
اي قال لثالث اشركتك معها فيما اوصيت له اكان له النصف من كل واحد منهما فيما اوصى ولو اوصى
لاحدهما بجارية ولاخر بجارية اخرى وقيمتها سواء ثم قال لاخر اشركتك معهما فله الثلث من كل واحدة
منهما عندهما وعند ابي حنيفة له من كل واحدة نصفها لانه لا يرى قسمة الرقيق فصار كانه اوصى بالف
لهذا ثم اشرك ثالثا معهما كذا في جامع قاضي خان والمحبوبي **قوله** ومن قال لفلان على دين فصدقوه
الى اخره قال اصحابنا هذه المسئلة فيها شبهة لانه لم يجعل هذا الاقرار كالدين ولا كالوصية بل جعله
اضعف منهما الا ترى انه لا يمنع القسمة كالدين ولم يوجب مشاركة الموصى له كسائر الوصيه وكان
الواجب ان يكون اقوى من الوصية لاخذ شبها من الدين ومن الوصية فان اقر المريض مع ذلك بدين
مسمى فالمسمى اولى ولو قال كل من يدعي على شيئا فاعطوه فهو باطل الا ان يقول ان راى الوصي ان يعطيه
فاعطوه فحينئذ يعطى من الثلث ولو قال احسبوا الى الغاتم من ادعى على شيئا فادفعوا اليه لم يجز الا ان
يقول ان راى الوصي كذا ذكر التمرتاشي **قوله** فصار اثباته اقرارا مطلقا لانه اقر مقيدا على تقدير
تصديق الورثة **قوله** فصدقوه صدر مخالفا للشرع لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق
المدعي من غير حجة وقيل ربما يدعي الموصى له اكثر من الثلث والوصية باكثر من الثلث غير مشروع
فكان قوله صدقوه صدر مخالفا للشرع **قوله** فيجعلها اي هذه الوصية وصيته و**قوله** جعل
التقدير فيها الى الموصى له كما في قوله تعالى قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها اذى
قوله غير ذلك اي غير المسئلة المتقدمة وهذا المجهول اي قوله فصدقوه مجهول ليس بدين معلوم ولا
وصية معلومة لكنه دين في حق المستحق ووصيه في حق التنفيذ فلا يزاحم المعلوم ... احد الفريقين
وهم الورثة واصحاب الوصايا **قوله** وصيه في حق التنفيذ يعني لما كان وصيته في حق التنفيذ يكون
المقر له كواحد من اصحاب الوصايا فلهذا لم يتقدم على اصحاب الوصايا بل ياخذ مقدار ما اقر به اصحاب
الوصايا **قوله** على ما جرى بينه اي بين المقر له وبين غيره وهو الميت **قوله** فللاجنبي ثلث الوصيه
يعني اذا رد بقية الورثة وصيه الوارث وبه قالت الائمة الثلاثة وابو ثور **قوله** وهذا اي
الايصاء للاجنبي ولوارثه بخلاف ما اذا اقر بعين او دين حيث لا يصح في حق الاجنبي **قوله** والشركة تثبت حكما
له اي تثبت الشركة ضرورة ثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف فلما لم يثبت الملك لم يثبت ما في ضمنه
وهو الشركة **قوله** وقد اخبر بوصف الشركة فلو ثبت اقراره لثبت الدين المشترك لانه اقر به الى
اخره قال التمرتاشي هذا الذي ذكر من بطلان الاقرار فيما اذا تصادقا واما اذا انكر الاجنبي شركة
الوارث وللوارث شركة الاجنبي فالاقرار باطل ايضا وقال محمد يصح في حصة الاجنبي لان الوارث يبطل
ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فبطل في نصيبه وثبت في نصيب الاخر ولهما ان حق الوارث لم يبعد عن حق
الاجنبي وانما اوجبه مشتركا بينهما فبطل كما بينا **قوله** فيبطل في ذلك القدر اي يبطل الاقرار في ذلك
القدر اي القدر المقبوض حمله في نصيبهما معا لانه لما كان للوارث ان يشاركه فيه فاذا شارك كان لبقية
الورثة ان ياخذوا ذلك القدر معه ثم يرجع هو على الاجنبي لما قبض لم يسلم له ثم وثم الى ان يبقى فيبطل
اصلا وكذا في الباقي من الدين في كل شي يقبضه الاجنبي يشاركه الوارث فيه **قوله** بطلانا اي في حق الاجنبي
وبطلانا اي بطلان حق الوارث **قوله** جيد ووسط ورديء بجر الثلاثة وهي تخرج من ثلث ماله فضاع

ثوب اي بعد موت الموصي **قوله** وكان المستحق مجهولا كما اذا اوصى لاحد هذين الرجلين كان الوصيه
باطله لما قلنا ان المستحق مجهول **قوله** ثلثا الثوب الاجود اي الاجود في الحال ولا يعلم ان هذا
الاجود الحالي هو الاجود الاصلي اي هو الوسط الذي صار هو الاجود في الحال وانما يقسم بينهم
اثلاثا لان الوصيه كانت لثلاثة نفر ليس احدهما اولى من الاخر والثوبان اذا اقتسما بين الثلاث نصيب
كل واحد سهما ثلثا ثوب فيعطى كما ذكر في المتن **قوله** فيعطى من محل الاحتمال وهذا لانه يحتمل
ان يكون حقه في الجيد الحالي بان كان الضائع هو الاجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون في الردي
الحالي بان كان الضائع اردى فيكون هذا وسطا وكان هذا سفيد وصيه في محل يحتمل ان يكون
حقه كذا في شرح الجامع لصاحب الهداية **قوله** كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فانه لا يصح
وصيته **قوله** في عين الموصى به او هو نصف البيت لانه لا يملك وقت الايصاء الا النصف **قوله**
على ما بيناه وهو ان الاقدام على البيع دليل الرجوع في الوصية **قوله** ومعنى المبادله في هذه
القسمة المعينة تابع وان كان معنى المبادلة في قسمة العروض والحيوانات اصل والدار من العروض
العروض ذكره صاحب الكتاب في كتاب القسمة والاقرار لما انه اذا كانت من جنس واحد يجبر القاضي
على القسمة لطلب احد الشركاء وما نحن فيه من جنس واحد وكان معنى المبادله فيه تابعا قال قاضي خان
والقسمة في دار واحدة مبادلة من وجه واقرار من وجه الا ترى ان القاضي يجبر على القسمة ولو
بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا تثبت للشفيع الشفعة
في القسمة والمشتري اذا قاسم البايع لم يكن للبايع نقض القسمة ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه
لا يثبت هذه الاحكام فثبت انه اقرار من وجه مبادلة من وجه فيجعل اقرارا في حكم الوصية تصحيحا
للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصيه بمعدوم على خطر الوجود
كالثمر والغلة واذا جعلت القسمة اقرارا ظهر انه اوصى بما يملكه فاذا وقع البيت في نصيبه سلم الى
الموصى له واذا وقع في نصيب شريكه فله عوضه **قوله** او لانه اراد التقدير به على اعتبار احد
الوجهين وهو في وقوعه في نصيب شريكه **قوله** على اعتبار الوجه الاخر وهو في وقوعه في نصيبه
قوله تصير السهام احد عشر الى اخره **فان قيل** ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثه
من الورثه والموصى له على خمسه اسهم سهم للموصى له واربعه اسهم للورثه لانه لما صحت الوصيه
عندهما في عشره اذرع بقي حق الورثه في اربعين **قلنا** زعم الورثه ان حقهم في خمسة واربعين
وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشره وحق الورثه اربعين تمسكا
بمذهبهما ويحتمل ان يكون الورثه محمدي المذهب والموصى له حنفي المذهب ودليل محمد ليس بباطل
فعملنا بالدليلين واعطينا الورثه خمسة واربعين كذا قرره بدر الدين خواهرزاده ومولانا حميد
الدين وقيل هذا تخريج الاقرار وقع هكذا سهوا وليس بتخريج الوصية ينبغي ان يقسم على خمسة
للموصى له واربعه للورثه كما ذكرنا وما ذكر ههنا تخريج الاقرار ان كانت الدار مشتركة فاقر احدهما
بالبيت المعين لاخر قبل القسمة وقيمة الدار مائه وقيمة البيت عشره ثم اقتسما الدار فان وقع البيت
في نصيب المقر فظاهر وان وقع في نصيب شريكه يقسم نصيبه بينه وبين المقر له على احد عشر سهما
لان المقر يزعم ان المشترك من الدار سوى البيت ولا تعلق للثاني بالبيت وغير البيت من الدار تسعون
نصيبي منه خمسة واربعون والمقر له يدعي عليه عشرة من نصيبه فيجعل كل خمسة سهما فصار
الكل احد عشر سهما ولكن الجواب عنه ما ذكرنا من تقرير بدر الائمة ومولانا حميد الدين رحمهما الله
وقيل لا خلاف فيه لمحمد بل قول محمد في الاقرار كقولهما في الوصية **قوله** وله ان يمتنع لصاحب المال

ان يمتنع عن دفع ما اجازه لان هذا هبة من صاحب المال والهبة لا يتم بدون التسليم فان دفع تمت
الهبة والا فلا **قوله** ثم اجازت الورثة اى بعد موت الموصى ثم ارادوا ان يمتنعوا من التسليم
لا يكون لهم ذلك لان الاجازة تنفيذ من جهة الموصى الا على قول المزنى فان الاجازة عطية مبتدأ
وقد مر من قبل **قوله** يعطيه ثلث ما في يده وهو سدس المال وبه قال الشافعى ومالك
واحمد وقال الشافعى في وجه يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب الحاوى من القولين في الدين
وليس بشئ كذا في الحلية **قوله** خلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره حيث يلزمه قضاء جميع
الدين من حصته اذا كان مستغرقا للنصيب وبه قال الشافعى في وجه وقال الشافعى في الاصح يلزمه في
نصيبه ما يخصه وهو قول مالك واحمد لان اقراره بهذه الجهة **قوله** فيكونان اى الام والولد
للموصى له يعنى اذا ولدت قبل قسمة التركة وقال الشافعى واحمد ان كانت حاملا حين الوصية ويعلم
ذلك بان تاتى به لاقل من ستة اشهر منذ اوصى يدخل الولد في الوصية ويكون للموصى له مع الام والا
في وجه لا حكم للحمل في الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال فعلى هذا لو انفصل في حياة الموصى فهو له
كساير اكسابها وان انفصل بعد موت الموصى وقبل قبول الوصية فهو للورثة وان انفصل بعد القبول
فهو للموصى له على ظاهر المذهب لان الملك انما ثبت للموصى له بعد القبول وقلنا الوصية تستقر بالموت
وتلزم فيجب ان تسرى الى الولد كالاستيلاد وقبل القسمة التركة مبقاة على ملك الميت **قوله**
فلا يخرج عنها اى عن الوصية بالانفصال كما في البيع فان باع الامة الحامل او اعتقها يدخل الحمل ويدخل
في المبيع والعتق ولا يخرج عنها بالانفصال **قوله** والولد تبع فيه اى في الوصية على الايصاء وانما
قلنا ان الام اصل في الوصية لان الايجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب الى الولد ولا يزاحم
التبع الاصل لعدم المساواة بينهما فنفذ الوصية فيهما ينقض الوصية في بعض الام وتنفيذ الوصية
في جميع الام مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة المال **قوله** لا يؤدى الى نقضه اى نقض البيع
في الاصل وهو الام فان كل الاصل مبيع كما كان سوى ان بعض الثمن خرج ان يكون مقابلا اليه لضرورة
ان ذلك البعض من الثمن وقع بمقابلة الولد ولا يضر ذلك لان الثمن يجرى مجرى التبع فصار بمنزلة
حط بعض الثمن بخلاف الوصية فانها عند مزاحمة الولد يخرج بعض الاصل عن الوصية فلا يجوز
ان يكون التبع ناقضا لشئ من الاصل وقيد باتصال القبض بالولد للمقابلة لان مقابلة بعض الثمن
بالولد انما يكون ان كان لو كان الولد مقبوضا بالاصل والا فلا **قوله** هذا اذا ولدت قبل القسمة
اى دخول الحمل في الوصية تبعا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت قبل القبول
وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن ملك الميت تحدث الزيادة على خالص ملك
الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه
من الثلث ومشايخنا قالوا يصير موصى به ويعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول ولو
ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية وبقى على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية
قصدا ولا سراية والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الكافى وعند الشافعى واحمد لو انفصل
قبل موت الموصى ومن حين الوصية الى الانفصال اقل من ستة اشهر يدخل في الوصية في وجه

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر حكم الكلى في الوصية
شرع في بيان احكام ما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف اذ الاحوال بمنزلة العوارض
والاحكام الكلى بمنزلة الاصول والاصل مقدم **قوله** صار الاقرار وبطلت الوصية الاصل
ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا يوم الموت ولا يعلم فيه خلاف من اهل

العلم

العلم والمعتبر في جواز الاقرار وفساده كون المقر له وارثا يوم الاقرار فيكون اقرارا من المريض لوارثه
وهو لا يصح كذا في المغنى **قوله** لان الاقرار ملزم بنفسه اى غير متوقف الى شرط زايد لانه تصرف حصل
من اهله الى محله بولاية شرعية ويصح على سبيل التجارة دون الوصايا فيجب نفاذه بخلاف الوصية فانها
غير ملزمة بنفسها بل هى ايجاب بعد الموت فيكون الموت شرط نفاذه فيعتبر اجنبيته عند صدوره اى
صدور الاقرار حتى لو اقر لزوجته في حال المرض لم يصح ولا يبطل اى الاقرار بالدين الا ان الثانى
اى الاقرار في حالة المرض يوجبه اى عن الاقرار في حالة الصحة بخلاف الوصية اى تبطل الوصية
التى اوصى لاجنبية ثم تزوجها لانه اى الوصية ساوى الايصاء وذكر التمرتاشى لا يجوز اقرار المريض
لوارثه بدين او عين الا اقراره لامرأته بمهر المثل الا ان يقر باكثر من مهر مثلها اما لو اقر بوارث يجوز لا
اوجب مشاركته مع الورثة في الميراث مجازا كما لو كانت تحته زوجة فتزوج باخرى في المرض لانها اوجب
لها مشاركة في الميراث كذا هنا ولو وهبت مهرها لزوجها في مرضها لا يصح والحيلة ان يقر بمهرها
لاجنبى ثم يتبرع الاجنبى على زوجها وقال زفر اقراره لها باطل ايضا كالوصية لها لان الاقرار بمنزلة
التمليك وهذا لا يصح للوارث وجوابه ما ذكرنا ان الاقرار ملزم بنفسه الى اخره **قوله** كالمضاف
الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يسرى حكمه عند الموت الا ترى ان من
وهب في مرض موته لاجنبى ماله وسلم صح وصارت للموهوب له فاذا مات من ذلك المرض
وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة وفي الكل حقا للغرماء وصار كالمتعلق بالموت **قوله** والوصية
باطلة لما ذكرنا وهو ان المعتبر فيها وقت الموت وهذا التفصيل لا يتاتى في المكاتب لان المولى لا يملك
كسبه في الحالين ولا يقال ينبغى ان يصح الاقرار ان كان عليه دين لان الحاصل الاقرار للغرماء لانا نقول
الغرماء مجهول وجهالة المقر له يمنع صحة الاقرار اذ الغرماء ليسوا بموالى له بل لهم حق البيع في كسبه
او رقبته وبهذا القدر لا يستحق المقر به وفي المغرب فلج الشئ فلجين اى شقه نصفين ومنه
المفلوج لانه ذهاب النصف وعن ابن دريد فلج الرجل فهو مفلوج والشلل فساد في اليد يقال
شلت يده تشل بالفتح والمشلول الذى شل انثياه اى نزعت خصيتاه وقيل الشل نوع من المرض
قال الامام قاضيخان مرض الموت ما يكون سببا للموت غالبا فان كان المرض بحال يزداد حالا
فحالا الا ان يكون اخره الموت اما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا
يكون سببا للموت كالعمى ونحوه وانما يكون في حكم مرض الموت اذا صار صاحب فراش وصاحب السل
والدق اذا صار صاحب فراش يكون في حق مرض الموت وقبله لا لان الانسان قلما يخلو عن قليل مرض
وكذا المفلوج والمجذوم وصاحب حمى الربع وحمى الغب اذا صار واصاحب فراش يكون في حكم
المريض مرض الموت وبه قال مالك واحمد وابو ثور والاوزاعى والثورى وقال الشافعى صاحب
الامراض الممتدة عطيته من كل المال لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ كالهرم وقلنا
اذا صار صاحب فراش يخاف منه الموت الى تمام ما ذكر في المتن والذى عجل موته واختل عقله
وامتدت حشوته لا حكم لكلامه ولا لعطيته لانه لا يبقى له عقل ولا يعلم فيه خلاف ومن خرقت حشوته
او اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه من الثلث فان عمر من خرقت حشوته قبلت وصيته و
وعلى رضى الله عنه بعد ضرب ابن ملجم له اوصى وامر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله والحاصل اذا ضربها
المخاض وهو الطلق وجع الولادة يكون تبرعه من الثلث وبه قال الشافعى والنخعى والاوزاعى والثورى
والعنبرى ويحيى الانصارى ومكحول وابن المنذر لانها قبل ذلك لا تخاف الموت وصارت كصاحب
الامراض الممتدة وقال مالك واحمد اذا صار لها ستة اشهر عطيتها من الثلث لانه وقت يمكن الولادة

فيه وبه قال ابن المسيب وعطا وقتاده وقال الحسن والزهري عطيتها كعطية الصحيح وبه قال
الشافعي في قول لان الغالب سلامتها ولو اختلطت الطايفتان للقتال وكل منهما مكافية للاخرى
او مقهوره فهو في حكم مرض الموت وبه قال احمد والاوزاعي وملك والثوري ونحوه عن مكحول
واذا لم يختلطوا الا سوا كان بينهما رمي بالسهام او لا وعن الشافعي قولان احدهما لقول والجماعة والثاني
ليس بخوف لانه ليس بمرض وراكب البحر ان كان ساكنا فليس بمخوف وان هبت الريح واضطرب البحر فهو
مخوف قال تعالى هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا
بها جاتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا انهم احيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لين
انجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين والاسير والمحبوس اذا كان من عادته القتل فهو خايف والا فلا
وبه قال ملك واحمد وابن ابي ليلى والشافعي في قول وفي تجنيس صاحب الهداية تكلموا في حد مرض
الموت والمختار انه اذا كان الغالب منه الموت سوا كان صاحب فراش او لا فمرض موت وسيل
صاحب المنظومة عن حده فقال كثرت فيه اقوال المشايخ واعتمادنا في ذلك على قول صاحب الفضل
وهو ان لا يقدر على ان يذهب في حوايجه بنفسه خارج الدار والمراة بحوايجها داخل الدار كصعود
السطح ونحوه وقد ذكرنا اقوال المشايخ مستوفى في باب طلاق المريض منه

باب العتق في المرض

ثم الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن افرده بباب لان له احكاما
مخصوصه واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل **قوله** والمراد من قوله فهو وصية
الاعتبار من الثلث لا انه حقيقه الوصية قال صاحب المجتبى والاول اصح لان هذا اناول باعتبار
من الثلث **قوله** كالضمان والكفالة غاير بينهما بلفظ العطف لان من الضمان ما لا يكون كفالة بان
قال للاجنبي خالعها على الف على اني ضامن او قال بع هذا العبد من فلان بالف على اني ضامن لك خمسمائة
من الثمن سوى الالف كان بدل الخلع على الاجنبي دون المراة والخمسمايه على الضامن دون المشتري
كذا في شرح الاقطع **قوله** وما بعده اي بعده ولم يصفه الى حاله مستقبله فالمعتبر فيه حال العقد
كالاعتاق والهبة وان كان صحيحا في حاله المعرف فهو من كل المال وان كان مريضا فهو من الثلث
مسن انه لا حق لاحد في ماله لان حق الوارث والغريم انما يتعلق في مرض الموت وبالبرء ظهر
انه ليس بمرض الموت **قوله** وضاق الثلث اي عن المحاباة والعتق ثم العتق يعتبر من الثلث عند
الجمهور الا ما حكي عن مسروق انه يعتبر من راس المال وهو قول شاذ يخالف للاثر والمحاباة
اولى عند ابي حنيفة حتى يسعى العبد في جميع قيمته وبه قال ملك صورته باع عبده في مرضه بالف
وقيمته الفان ثم اعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له غيره فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة ولو بدا
بالعتق تحاصا وعند ملك المحاباه اولى في الصورتين وعند ابي يوسف ومحمد العتق اولى في
الصورتين وبه قال الشافعي واحمد وهو قول الزهري والنخعي والثوري وقتادة واسحق بن راهويه
وقال الشافعي في قول واحمد في رواية يستوي بين كل الوصايا **قوله** والاصل فيه الى اخره معنا
اذا لم يكن في كل فرد من افراد الوصايا ما جاوز الثلث مثل ان يوصي بالربع والسدس لا يقدم البعض
على البعض بلا خلاف بين العلما وفي المبسوط اوصى بثلث ماله ولاخر بسدسه ولاخر بربعه فاجازت
الورثه ياخذ كل حقه كاملا لان في المال وفا به ولو لم يجيزوا ضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته
فيكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق لان الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة
فيضرب لكل بجميع حقه **قوله** الا العتق الموقع في المرض والعتق المحاباه فانها تقدم على سائر الوصايا
عند الاكثر الا عند الشافعي واحمد فانها تقدم الاولى فالاولى لكن الخلاف في العتق والمحاباه ايضا

بعد موته اراد بالتدبير الصحيح الذي لا يحتاج الى المنفذ بعد الموت وبغير الصحيح الذي يحتاج الى المنفذ
مثل قوله انت حر بعد موتي وهذا التدبير يحتاج الى المنفذ وكذا لو قال اعتقوه بعدي او اوصى بعتقه
بعد موته فان ذلك العتق يحتاج الى تنفيذ الورثه **قوله** والمحاباة بالرفع عطفا على قوله الا العتق
الموقع في المرض والعتق المعلق وفي الايضاح اذا تقدم العتق والمحاباه على حسب ما اختلفوا فان بقي شي من الثلث
تضاربت اهل الوصايا بعد ذلك في باقي الثلث بعد وصاياهم **قوله** لان الوصايا قد تساوي الى اخره
تعليل لقوله لا يقدم البعض على البعض **قوله** العتق الذي ذكرناه انفا هو العتق الموقع في المرض والمعلق
كالتدبير الصحيح وفي المبسوط لو اوصى بعتق عبده بعد موته او قال اعتقوه او قال هو حر بعد موتي
بيوم فليس هذا من العتق الذي يبدا الا عند ملك فانه يقدم عنده على سائر الوصايا وهو قياس قول
الشافعي لان العتق كالدين من الكل وقلنا لما احتاج الى المنفذ بعد الموت فلا يكون مستحقا كاستحقاق
الديون فان الدين يصير مستحقا بمجرد الموت فيكون كساير الوصايا فلا يقدم اما العتق المنفذ والتدبير
والتدبير الصحيح كالدين والدين يقدم وصاحب الدين ينفرد باستيفائه اذا ظفر بجنس حقه والعتق المنفذ
او التدبير الصحيح يصير مستحقا بمجرد الموت فصار كالدين فيقدم **قوله** وغيره اي غير العتق المنفذ
يحتمله الفسخ من جهة الموصي لانه يصح الرجوع عنه ولا يصح الرجوع عن العتق وكذا المحاباة لا يلزمه الفسخ
من جهة الموصي لانها ثبت في ضمن عقد المعاوضه اللزوم فلزمت الوصيه التي في ضمنها بمنزلة العتق
قوله ولا معتبر بالتقدم في الذكر وهو جواب عن قول ابي حنيفه انه قدم المحاباه وعن قول زفر
ايضا فان عنده العتق والمحاباه سوا في القوه فيقدم الاول كما في ساير الوصايا بالسبب كما يجي فقال
ولا معتبر بالتقدم في الذكر لان التقدم في الذكر لا يوجب تقدما في الثبوت لان زمان نفاذ الوصية بعد
الموت فالكل مقترن معا وفي الاسرار انه اذا اوصى بثلث ماله لزيد وعمرو وبكر كان الثلث بينهم اثلاثا
وصلا او فصلا ولا عبرة في البدايه لان الموصي لهم يختلفون فكذا فيما نحن فيه العتق وصيه للمعتق والمحاباة
للمشتري وذكر في الكتاب قبيل باب الوصيه بالثلث لو اوصى بعبد لرجل ثم اوصى به لاخر انهما يشتركان
في العبد لان المحل يحتمل الشركة فعلم انه لا اعتبار للتقدم بخلاف ما لو اوصى بوصايا في القرب النوافل
حيث يبدا بما بدا به الموصي لان المستحق واحد على ما يجي **قوله** فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته اي البيع
بالمحاباه تبرع من حيث المعنى لا من حيث الصيغه فان البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة
في الكل والشفعه يختص بالمعاوضات ولهذا ان البيع بالمحاباة يصح من العبد الماذون والصبي الماذون
وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجاره اما العتق تبرع محض صيغة ومعنى لا تجارة فيه والمريض محجور عن
التبرعات فكانت المحاباه اقوى سببا من العتق لان سببها التجاره فمن حيث الحكم العتق اولى لانه لا يحتمل
الفسخ ومن حيث السبب المحاباه اولى كما ذكرنا فاستوتا في القوة فاذا سبقت المحاباه كان اولى لان
العتق جا والمحاباه حق في الثلث فلا يدفعه العتق بعد ذلك اما اذا ثبت العتق اولا وثبت وهو لا
يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا اي وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة رحمه الله كذا
فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباه الثانيه مساويه للاولى وعتق مساو
للمحاباة الثانيه فكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو **قلنا** العتق مساو للثانية
بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وهذا اخرج الجواب عن اشكال اخر وهو ان
يقال المحاباه الاولى ترجحت على العتق والثانيه مساويه للاولى فينبغي ان يترجح على العتق كالاولى
لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بمعنى يخصه وهو تقدمه عليه وكذا لو قال ينبغي
ان لا يكون للمحاباه الثانيه شي لانه مساو للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح كذا

في الفوايد الحميديه **قوله** قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة الى اخره وفي المبسوط **فان قيل** ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة مما اخذ صاحب العتق الثاني كما لحقه لان ما اضاف اليه كالحقه لان المحاباة مقدم على العتق الثاني كما لو كانا معا وتقدمت المحاباة **قلنا** لو استرد ذلك منه لاسترده صاحب العتق الاول من صاحب المحاباة الثاني لان العتق الاول والمحاباة الثانية سوا في الثلث فيودي ذلك الى دور لا ينقطع والسبيل فيه ان يقطع ولو نقص صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين العتقين نصفين لاستواحقهما **قوله** ونفقه بر وقال الكساني الا ان يحل الموصي الفضل للذي يحج عنه فيكون له وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه ما بقي وهو قياس قول الايمة الثلاثة كما في الوصية بالحج ولو فضل شي من الحج يصرف الى الحج ولا يرد الى الورثة عند الايمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف لو اوصى بان يشترى بكل ماله عبد يعتق عنه ولم يجز الورثة بطلت الوصيه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يشترى بالثلث عبد ويعتق **قوله** سعيدا اي لانقص لغير الموصى له اذ الموصى له عبد يشترى بمايه فلو اشترى باقل منها يكون تنفيذ الوصيه لغير المستحق بخلاف الحج لانه عبادة محضة والمستحق للعبادة هو الله تعالى ولم يتبدل **قوله** وهذا اشبه اي كون هذه المسلة بناسه اشبه بالصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده اي الغالب حق العبد وعندهما لما ثبت ان حق الله تعالى غالب حتى يقبل الشهادة عليه بدون الدعوى فان الغالب في العتق حق الله تعالى فصار كالحج وفي الكافي لو اوصى بان يحج عنه من ثلثه فقيل له الثلث لا يكفي فقال اعينوني في الحج يعان به في الحج على الفقرا لان اللفظ يدل عليه لان الاعانة انما يكون للفقرا المحتاج وعند الشافعي واحمد في قول يتم له من كل المال لانه اذا اوصى له بحج في قول من جميع المال **قوله** ومن اوصى بعتق عبده اي باعتاقه لانه اي الموصى له يتلقى الملك اي ياخذ من جهته اي من جهة الموصي الا ان ملكه باق لحاجة الميت لما بينا ان ملك الميت باق بعد لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق اذ ملك الورثة ملك خلافه فلا يثبت ما لم يستغن الاصل منه كذا في مبسوط فخر الاسلام **قوله** اورد اي باعه وارثه بسبب الدين كان الفدا من ماله ان كانوا متطوعين **قوله** ومن اوصى بثلث ماله لاخر معناه ترك عبدا ومالا ووارثا والعبد مقدار ثلث ماله وبه صرح قاضي خان قال الموصى له اعتقه في الصحة يعني اعتاق لم يقع وصية ووصيتي ثلث ماله صحيح فيما ورا العبد اذ الاعتاق لو وقع في المرض لرجع وصية وقيمة العبد ثلث المال لم يكن للموصى له بالثلث شي لان الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق والوارث يدعواه انه وقع في المرض ينكر استحقاق الثلث فيما ورا العبد لانه وصيه والعتق مقدم فلا يصدق الموصى له في دعواه استحقاق الثلث فيما ورا العبد الا بحجه فيحلف الوارث بالله ما اعتقه في الصحة واعتقه في المرض **قوله** وهو خصم في اقامتها هذا جواب عن اشكال وهو ان الدعوى في العتق شرط لاقامة البينه عنده فكيف يصح اقامة البينه من غير خصم فقال هو خصم في اقامة البينة في اثبات حقه لانه مضطر على اقامتها على حرية العبد لتفرغ الثلث عن الاشتغال عن العتق فصار كمعير الرهن قال فخر الاسلام ويجب ان يستحلف الوارث ان لم يقم البينه الموصى له بالثلث **قوله** والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين حتى لو اعتق عبده في الصحة ومات مديونا لا يسعى العبد للدين بالاجماع **قوله** وله ان الاقرار الى اخره ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكروا الثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة والدين يمكن اسناده فيثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية

وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه اعتقني في صحتك وقال رجل لي عليك الف درهم فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وغيره **قوله** بعده اي عند ابي حنيفة الوديعة اقوى ولكن فخر الاسلام والكساني ذكرا ان عندهما الوديعه اقوى فكان الخلاف على عكس ذلك وهكذا ذكر في المنظومة في كتاب الاقرار في باب ابي حنيفة وفي شرح المنظومة وفي الكافي والاصح ما ذكر في المنظومة وشروحه وشروح الجامع وجه قولهما ان الوديعة ثبت في عين الالف والدين ثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما بعد ما قالا ولابي حنيفة انهما استويا لانه ثبتا بقول الوارث صدقتما وكلاهما دين لانه لما مات مجهلا صار كل واحد منهما دينا والاقرار من الوارث بالدين يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المودع

فصل قدم العتق على هذا الفصل لقوة العتق لانه لا يلحقه الفسخ **اعلم**

ان من مات وعليه حقوق الله من زكاة او صدقة فطر او كفارة او صوم او حج او صلوة او ما اشبه ذلك من غير وصيه لا يوخذ ذلك عندنا الا ان يتبرع ورثته بذلك وهم اهل التبرع وان امتنعوا لم يجبروا على ذلك وان اوصى بذلك يجوز وينفذ من الثلث وهذا عندنا وعند مالك الا ان ما لكا بدا بالعتق في المرض ثم بالتدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينه او اوصى بان يشترى فيعتق ثم الكتابة اي بالوصيه بكتابة عبد ثم الحج ثم الاقرار بالدين لمن لا يجوز اقراره به ثم بعتق رقبة عن ظهار او قتل اذ يتحاص رقبة الظهار مع رقبة القتل ثم ما اوصى به من كفارة يمين ثم بالاطعام عما فرط من قضاء رمضان ثم النذر وقال الشافعي واحمد واصحاب الظاهر وابو ثور وابو سليمان واسحق والحسن وعطا وابن المسيب والثوري الا ان الشافعي يحاص ديون الله وديون العباد في قول وفي قول ديون الله مقدم وهو قول اصحاب الظاهر يوخذ من تركته لانه دين في الذمة كسائر الديون قال عليه الصلاة والسلام للوكيل على اسك دين اكنت تقضيه قالت نعم قال فدين الله احق وقلنا ما وجب عليه من العبادة لا يلزم الوارث كالصلاة والواجبات كلها عباده فلا يلزم وقد مر في الزكاة واذا كانت وصيته في التطوعات يبدا بما بدا به الموصي بلا خلاف اذا لم يكن فيها عتق منفذ ولا محاباة منجزة وقد مر الخلاف اذا كان فيها محاباة او عتق **قوله** وان تساوت في القوة بان كان كلها فرايض او نوافل كالجسور والرباطات والمساجد **قوله** فالزكاة تعلق بها حق العبد اذ حق الفقير في القبض ثابت فكان ممرجا بحقين والحج محض حق الله تعالى وكانت الزكاة اقوى **قوله** فكان الحج اقوى لما فيه من زيادة الوظيفتين البدنية والمالية في الزكاة بادية وظيفة واحدة ولان الحج فرض العمر فكان العمر اقوى لشموله من فرض السنة **قوله** جا فيهما من الوعيد قال تعالى والذين يكنزون الذهب والفضه الايه وقال تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين وقال عليه الصلاة والسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شا مات يهوديا وان شا نصرانيا وان شا مجوسيا **قوله** والكفارة في القتل الى قوله مقدمه على صدقة الفطر قيد بالكفارات الثلاث لما ان صدقة الفطر مقدمة على كفارة الافطار لان كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقة الفطر وجبت باخبار مستفيضه والاجماع **قوله** لانه عرف وجوبها الضمير في انه للشان وفي وجوبها للكفارات الثلاث **قوله** والاختلاف في الاضحية اي في وجوب الاضحية فانها غير واجبة عند الشافعي والاضحية مقدمه على النوافل عندنا لانها واجبه عندنا ثم يقدم بعض الواجبات الى اخره فيقدم صدقة الفطر على النذر لانها واجبة بايجاب الشرع والنذر واجب بايجاب العبد والنذور والكفارات كلها مقدمه على الاضحية لما ذكرنا من الخلاف في وجوب الاضحيه ولا خلاف في وجوب

النذور والكفارات ثم الترتيب من الكفارات الثلاث ان كفارة القتل تقدم على غيرها لانها اقوى واكثر تغليظا من غيرها الا ان الاسلام شرط فيها دون سايرها ثم كفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار لانها وجبت لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اقوى

قوله لما بينا وهو قوله لان الظاهر ان يبدا بالاهم قوله ان الثلث الى اخره يعني ان كانت مع شي من هذه الوصايا الثابتة حقا لله تعالى وصية لادمي بان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم عند العرب الى اخره وقال الشافعي واحمد اذا ضاق الثلث عن الكل يبدا بما بدا به الموصي ثم بالاول فالاول سوا كان الاول عتقا او غيره وعند مالك يبدا بالعتق ثم على ما بدا به الموصي وقد مر قوله وان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى في المبسوط والايضاح والذخيره والمقصود وان كان متحدا وهو القربة ولكن تعتبر الجهة اسماه لان الجهة هي المنصوص عليه وهو كما لو اوصى للفقرا والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم وان كان المقصود من الجميع القربة

قوله احجوا عنه رجلا من بلده وبه قال احمد ومالك والشافعي في قول اخر من الميقات قوله على الوجه الذي وجب عليه وهو راكبا لانه نايب عنه فيجب عليه على الوجه الذي يجب على المنوب وفي الواقعات المامور بالحج لو حج ماشيا فالحج عن نفسه وهو ضامن للنفقة لان الحج المعروف ان يحج راكبا فانصرفت الوصية اليه قوله من حيث يبلغ وبه قال احمد قوله من قبل اي في باب الوصية بالعتق وهذا الفرق وقع على قول ابي حنيفة رحمه الله هو له وله انه وصية بعتق عبد يشتري بمايه الى اخره قوله ومن خرج من بلده حاجا قيد بقوله حاجا لانه لو خرج تاجرا ومات فانه يحج من بلده بالاتفاق واليه اشار بقوله خلاف سير التجارة الى اخره وبقولهما قال احمد والشافعي في قول ثم هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فان لم يكن فمن حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه للحج انما يتجهز من حيث هو فكذا اذا اوصى اذ من لا وطن له فوطنه حيث حل ولو حجوا عنه من موضع اخر فان كان ذلك الموضع اقرب الى مكة فهم ضامنون وان كان ابعد لا لان في الاول لا يحصل مقصوده على وجه الكمال والاطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصل مقصوده وزيادة قوله وله ان الوصية الى اخره في المبسوط والاسرار لابي حنيفة وجهان احدهما انه عليه الصلاة والسلام قال كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة فينقطع بالموت والثاني ان خروجه انما يكون قربة بطريق انه يوصل الى ادا الحج وقد تبين ان هذا الخروج ما كان موصلا اليه بل ظهر ان هذا سفر موته لا سفر الحج كما روي انه عليه الصلاة والسلام قال اذا اراد الله تعالى قبض روح عبد بارض جعل له اليها حاجة فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سوا ثم هناك يحج عنه من وطنه فكذا ههنا وهذا بخلاف ما لو اطعم بعض المساكين في الكفارة ومات فاوصى حيث لا يجب الاستيناف بل يجب الاكمال مما بقي بالاتفاق لان سفر الحج لا يقبل التجزي في حق الامر بدليل ان المامور الاول لو بدا له ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لا يجوز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض وترك ثم امر غيره يجزيه كذا في الاسرار قوله على ما قررناه اشارة الى قوله ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا الى اخره

باب الوصية للاقارب وغيرهم

اخر هذا الباب لما فيه من ذكر احكام وصيه خاصه بباب خاص معين وكان كالجزء من الكل والفرع من الاصل وكان موخرا قوله يجمعهم مسجد المحلة حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربين يجمع الجيران وقال الشافعي واحمد والاوزاعي هم اهل اربعين

دارا من كل جانب وفي الامصار التي فيها القبايل فالجوار على الافخاذ لما روى ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا وفي المغني لابن قدامة وهذا نص وال فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف قوله وقوله قياس اي قول ابي حنيفة وهو قول زفر لان الجار احق بسقبه والمراد هو الملاصق ولانه لما تعذر صرفه اي صرف لفظ الجار الى الجميع الا ترى انه لا يدخل فيها جار المحلة وجار الارض وجار القريه صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق قوله مطلق الملاق وغيره وهو المقابل فان بر المقابل مقصود كالملاصق غير انه لا بد من اختلاط وذلك اي الاختلاط عند اتحاد المسجد واذا اختلف المسجد زال الاختلاط قوله وما يروى فيه ضعف واليه اشار ابن قدامة كما ذكرنا وقال في شرح الاقطع هذا خبر لا يعرف وقد طعن في رواته ثم ذلك قوله ويسوى فيه الساكن والمالك الى اخره قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السلطان من الجيران الملازقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه هذه الرواية عن محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك دون السكان قوله ويدخل فيه العبد الساكن عنده الى اخره وذكر في الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبيد والاما والمدبرون وامهات الاولاد لانهم لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى والمكاتب يدخل في ذكر خلاف وفي الذخيره والايضاح والارملة يدخل لان سكناها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لا تدخل لان سكناها غير مضاف اليها فلم يكن جارا حقيقة قوله لاصهاره اي لاقرباء امراته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة قوله من زوجة ابيه اي اب الموصي وزوجة ابن الموصي وزوجة ذي رحم محرم الموصي لان الكل اصهار لما قلنا من حديث صفية ولا يدخل فيه زوجته ولا زوجة ابيه او ابنه ولا امراة اخيه لان الاصهار من اهل الزوجة قوله ولو مات الموصي والمراة في نكاحه الى اخره يعني انما يدخل في الوصية من كان صهرا يوم موته فان كانت المراة منكوحته او معتدته يوم الموت بطلاق رجعي لان المعتبر في الوصية حالة الموت وان كانت في عدة من طلاق باين لا يدخل وان كانت ترث بان كان الطلاق في حالة المرض كذا في المغني قوله وكذا محارم الازواج اي محارم ازواج كل ذي رحم محرم من الموصي وفي شرح الكافي الاختان ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا زوج كل ذي رحم محرم من ازواج هولا كذا ذكره محمد لان الكل يسمى ختنا هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول ازواج المحارم قوله ومن اوصى لاقاربه وفي الكافي او لذي قرابته او لذي ارحامه او لذي انسابه فهي عند ابي حنيفه الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان الجد وولد الولد لا يدخل فيه الوالدان والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا ويسوى فيه الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والكافر وهكذا في المبسوط وفيه عندهما ذو الرحم المحرم وغيره سوا وكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام او اب ادرك الاسلام سوا اسلم او لا واختلف المشايخ في اشتراط اسلام اقصى الاب قيل يشترط وقيل لا يشترط وتفاوت ما بين القولين ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب في الاسلام علي فلا يدخل في الوصية عقيل وجعفر وعلى الطريق الثاني اقصى الاب هو ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر واليه اشار محمد في الاصل حيث قال كل اب جمعهم منذ كان الاسلام وهذا معنى قوله وفايدة الاختلاف يظهر الى اخره وقال الشافعي واحمد في رواية قرابته من قبل ابيه وامه الذين ينسبون الى الاب الادنى

الذي ينسب اليه ويستوي فيه القريب والبعيد لانهم قرابة عرفا وقال مالك هو كل من جاز ان يرث
دون من لا يرث من ذوي الارحام ويقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد وقال احمد في رواية قرابته
اولاده واولاد ابيه واولاد جده واولاد جداته لا من هو ابعد منهم ويستوي فيه الذكر والانثى والقريب
والبعيد حتى لو اوصى لقرابة النبي اعطى اولاده واولاد عبد المطلب واولاد هاشم ولم يعط بني
عبد شمس ولا بني نوفل شيئا ولهذا دخلوا في قوله تعالى ولذي القربى اولاد هؤلاء دون بني عبد شمس
وبني نوفل يحمل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلامه تعالى وتشريعه فسره وفي مبسوط
البزدوي قول ابي يوسف ومحمد انه كل من ينسب الى اقصى الاب في الاسلام انما يستقيم في زمانهما لان
الاسلام في زمانهما قريب فتكون القرابة بينه وبين اولاد اب في الاسلام معلوم فتكون الوصية
لقوم محصورين فجوز فاما اليوم فقد طال العهد في الاسلام فتكون الوصية لاقوام غير معلومين
فلا يصح بل يجب ان يصرف ذلك الى اولاد ابيه واولاد جده و... جداته والى اولاد امه واولاد
جدته وجد امه لان هذا القدر معلوم **قوله** والمراد بالجمع المذكور فيه اي عقد الوصية
اثنان خلافا للشافعي واحمد فان الجميع يدخل في الوصية اذا كانوا معلومين ولا يصرف الى الثلاثة
عملا بلفظ الجمع **قوله** والمقصد من هذه الوصية اي المقصود منها تلافي ما فرط الى اخره يعني
يستحق الوصية من يختص بواجب الصلة لان صلة رحم ذي الرحم المحرم واجب دون غيره بالاجماع
ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته ويستحق النفقة دون غيره فيستحق ذو الرحم المحرم حقيقة ان قرابة
غير ذي الرحم المحرم ليس ثابت من وجه فان في حرمة المناكحة واستحقاق النفقة والرجوع في الهبة
كالاجانب وتعتبر قرابته في حكم الميراث فكانت قرابته ثابتة من وجه دون وجه فلا يدخل في
مطلق الاسم كما ان الصلاة عند الاطلاق لا يتناول صلاة الجنازة واعتبار الاقرب فالاقرب
لان الصلة في حق الاقرب اوجب ويشترط كون الاقرب غير وارث له لان مقصود الموصي تصحيح وصيته
ولا وصية للوارث شرعا واعتبار المثنى فصاعدا بخلاف ما لو قال لذي قرابتي فصيغة اللفظ
هنا تتناول الواحد فصاعدا كذا في المبسوط **قوله** ولا يدخل فيه قرابة الولاد وقال الشافعي
واحمد في رواية يدخل الوالد والولد وهو القياس لان كل من يتصل بغير واسطة اليه كان اقرب
ممن يتصل بواسطة وقلنا لا يسمى الوالد قريبا عرفا وفي الخبر من سمى والده قريبا فقد عقه وقد عطف
الله تعالى الوالدين على الاقربين في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين ويعطف الشيء على غيره حقيقة
فعرف ان القريب في لسان الناس من يتقرب الى غيره بواسطة كذا في المبسوط **قوله** ولا معتبر
لظاهر اللفظ الى اخره جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وفي
شرح الاقطع قولهما ان القرابة سبب الاستحقاق في الاسم المشتق كما لو اوصى لبني فلان غير مستقيم
لان تعلق الاستحقاق باسم القريب يخالف الاجماع فعنده اي عند ابي حنيفة يقيد بما ذكرناه وهو الاقرب
وعندهما ما قصى اب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما خالف الاجماع لا يصح **قوله**
وعندهما بينهما ارباعا وبه قال الشافعي واحمد وعند ابي حنيفة اذا كان للموصي ولد يحرز الميراث
فالثلث للعمة لانهما اقرب اليه من الخالين ولهذا اسعد ما في الميراث على الخالين فبالعمومة يستحق العصوبة
واقوى ما يستحق بالقرابة العصوبة **قوله** فللعم نصف الوصية لانه اذا كان العم اثنين وكل الوصية
لهما فعلم ان الواحد يستحق النصف **فان قيل** يلزم من هذا ان نصيبه مع المزاحم كنصيبه مع غير
المزاحم وليس كذلك فان نصيبه قد يكون الثلث او الربع اذا كان ثلاثة اعمام او اربعة اعمام **قلنا**
الاعتبار لادنى الجمع وغيره ساقط لتعذر اعتباره وادنى الجمع في الوصية اثنان فالنصف للعم والنصف

للخالين لان العم اذا استحق النصف ولم يبق له حق في الزيادة صار وجوده فيها كعدمه وعلى قولهما
الثلث بينهم اثلاثا لاستووا الكل كذا في المبسوط و**قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لا بد من اعتبار
معنى الجمع **قوله** وهو اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقد سماه **قوله**
او كافرا خلافا لاحمد فان الكافر لا يدخل عنده في رواية لانه لم يدخل في المستحق من قربى النبي صلى
الله عليه وسلم وقلنا الوصية للكافر صحيحة فيدخل وانما لم يدخل في قرابة النبي صلى الله عليه وسلم
لانهم يستحقون باعتبار النصرة ولا يوجد ذلك في الكافر **قوله** لانه يراد به جمع النسيب كالانصباء
جمع النصيب وفي بعض النسخ الانسباء في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف **قوله** بطلت الوصية
لان الوصية عنده لذي رحم محرم فاذا لم يكن كانت للمعدوم فبطل وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف لكن
لا يدخل مماليكه وان تضمهم نفقته ذكره في المغني اذ الاهل لا يطلق على المماليك عرفا **قوله** والمطلق
ينصرف الى الحقيقة لغة وعرفا واما الاهل في قوله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين عما تضمهم النفقة وفيه
تامل ولو قال لاهل بيت فلان او لآله يدخل فيه ابوه وجده وان علا وعن احمد ان اهل البيت بمنزلة
قوله لقرابته لانه صلى الله عليه وسلم قال لا تحل الصدقة لي ولا لاهل بيتي فجعل سهم ذوي القربى لهم
عوضا من الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى اهل بيته الذين حرمت عليهم
الصدقة وقلنا في الوصية تعتبر الحقيقة والعرف ولو قال لنسبه او لحسبه يدخل فيه كل من ينسب
الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد فيه سوا وكذا الذكر والانثى والكبير والصغير والكافر
والمسلم ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة ام الموصي لانهم لا ينسبون
الى اب الموصي الاكبر ولا يدخل الاب الاكبر لو كان حيا لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه وانما
ينسبون الى ابائهم فكانوا من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان الانسان يجنس باسم ابيه اي يجد الجنس من
ابيه اذ الجنس عبارة عن النسب والنسب من جانب الاب لا من جانب الام فان اسمعيل عليه السلم كان
من هاجر وكان من جنس قوم ابيه وابرهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وكذا اولاد
الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة كذا في المبسوط **قوله** ولو اوصى لايتام فلان الى قوله ان كانوا قوما
يحصون اليتيم صغير لا اب له لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ولان اليتيم عبارة عن الانفراد
يقال درة يتيمة اي لا نظير فهي بمفرده وفي الجامع الكبير لشمس الائمة **فان قيل** الميراث كهما
تسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم ابي طالب **قلنا** هذا لطف من الله تعالى له عليه
الصلاة والسلام فانهم كانوا يسبون اليتيم هو ليس بيتيم فلا يتنا ول سبهم كما يسبونه مذمما وهو ليس
كذلك بل كان محمدا صلى الله عليه وسلم ثم يدخل فيه الغني والفقير ههنا وبه قال الشافعي في وجه
واحمد وقال الشافعي في وجه لا يدخل الغني لان المقصود من الوصية سد خلة المحتاج والارامل جمع
ارملة وهي من لا زوج لها من النساء يقال ارمل القوم اذا نفد زادهم وصاروا محتاجين ومن لا
زوجة له من الرجال يدخل فيه وقال الشافعي في وجه والشعبي واسحاق يدخل وعند اكثر اهل
العلم لا يدخل قال الشعبي هذا اللفظ يطلق على الذكر لغة قال الشاعر • هذي الارامل قد قضيت حاجتها
فمن لحاجة هذا الارمل الذكر • قلنا المعروف من كلام الناس انه النساء وفي الشعر اطلاقه بطريق
المجاز ولهذا وصفه بالذكر والشي لا يوصف بنفسه ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما
في ساير الحقايق العرفية ثم حد الاحصاء عن ابي يوسف ان لا يحصون بكتاب ولا حساب فهم لا يحصون
وقيل بحيث لا يحصيهم المحصي حتى يولد فيهم مولود او يموت فيهم احد فانهم لا يحصون وقال محمد
اذا كانوا اكثر من مائة لا يحصون وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي وعليه الفتوى والايسر

مَا قاله محمد كذا في فتاوى قاضي خان وعند الائمة الثلاثة الوصية للكل سواء كانوا يحصون او لا
ويدخل فيهم الاغنيا والفقرا **قوله** لشبان بني فلان الى اخره في الصحاح الشبان جمع شاب والايا
جمع ايّم وفي الايضاح قال ابو يوسف لو اوصى لشبان بني فلان او لكهولهم او لشيوخهم فالشباب
من خمسة عشر الى خمسين سنة الى ان يغلب عليهم الشمط والكهل من ثلاثين الى اخره عمره والشيخ
ما زاد على خمسين سنة فجعل ابو يوسف الشيخ والكهل سوا فيما زاد على الخمسين وعن محمد الغلام
ما كان له اقل من خمسة عشر سنة والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين
فزاد عليه ما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخا وعند اكثر اهل العلم
الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين فاذا جاوز خمسين يكون شيخا الى ان يموت ثم لفظ الايم يطلق على الانثى
والذكر ولكن في الوصية لا يدخل كما في الارملة حتى قيل انهما اسمان مترادفان وبه قال الشافعي في
الاظهر ومالك واحمد وقال الكرخي من اصحابنا يدخل الرجل في الوصية ايضا وبه قال الشافعي في
وجه وبعض اصحاب احمد ثم في لفظ الشبان والايامى انما تصح الوصية عندنا اذا كانوا قوما يحصون
وتبطل الوصية اذا كانوا لا يحصون وبه قال الشافعي في قول وقال احمد والشافعي في وجه يجوز الوصية
لهم وان كانوا لا يحصون ويدفع الى واحد منهم عند احمد وعند الشافعي الى ثلاثة منهم لانه اقل
الجمع وكذا الخلاف في الوصية لقبيلة عظيمة لا يحصون او قوم لا يحصون **قوله** لانه الضمير
للشان ليس في اللفظ اي في لفظ الشبان والايامى ما ينبئ عن الحاجة اذ التايم هو البعد عن الزوج
سوا كانت بكرا او ثيبا وهو لا ينبئ عن الحاجة واذا لم ينبئ عن الحاجة لم يكن القربى فيها مقصودة
بل كان المقصود هو التمليك ولا يمكن تمليك الكل بجهالة فاحشة كما اذا اوصى لبني ادم او لاهل الدنيا
بخلاف لفظ الارامل فان اللفظ ينبئ عن الحاجة لان معنى ارمل افتقر يقال ارمل القوم اذا نفد زادهم
وصاروا محتاجين وسميت الارامل للنسا اللاتي لا ازواج لهن او مات عنهن الزوج لان زادهن وهو النفقة
نفد وصرن محتاجين الى النفقة ولهذا لفظ الارملة يختص بالنسا عرفا وشرعا لما ان الرجل لم ينفد زاده
مدة الفرقة اذ ليس عليها شي من زاده فلا يكون ارمل اليه اشار شمس الائمة السرخسي في الجامع الكبير
واليه اشار في المغرب ايضا وفي المبسوط فاذا لم يكن فيه ما ينبئ عن الحاجة كان المقصود هو التمليك
وجهالة المملك مانعة لصحة التمليك اذ الصرف الى الكل غير ممكن وليس بعضهم باولى من بعض وكانت
الوصية باطلة اما اذا كان الاسم ينبئ عن الحاجة كالفقير والمسكين تصح الوصية لان المقصود منها
ازالة الحاجة وجهة القربة ولو كانت الوصية لجهة القربة صار المراد بها وجه الله تعالى وهو واحد
لا شريك له فلم يكن للجهالة فيه تصور وكان هذا والوصية في الصدقة المطلقة سوا **قوله** يجب
الصرف الى اثنين وعند الشافعي الى ثلاثة لانه اقل الجمع وعند احمد الى الواحد كما في الزكاة وقد ذكرنا
قوله يتناول الذكور خاصة وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وقال ابو يوسف ومحمد
وابو ثور والثوري والحسن واسحق لفظ البنين يتناول الذكور والاناث وان كن بنات بلا ذكر لا
شي لهن بلا خلاف ويدخل الاناث فيه اذا كان المراد اسم قبيلة او فخذ بلا خلاف **قوله** واسم
للاناث تجوز الا ترى انه يصح ان ينفي اسم البنين عن البنات ولا يصح في الذكور فلو تناولهما معا يكون
جمعا بين الحقيقة والمجاز **فان قيل** خطاب الذكور يتناول الاناث بالاجماع مع ان
الحقيقة والمجاز لا يجتمعان **قلنا** خطاب التكليف دل على ان المراد العقلا اذ التكليف مبني
على العقل فينا ولهم عموم المجاز اما ههنا لم يدل على العموم دليل بل دل على الخصوص وهو ان
الموصي لم يقل لاولاد فلان بل قال لبني فلان **قوله** فلهذا يدخل فيه موالي العتاقة اي الفقرا

منهم قال الامام السرخسي في الجامع الكبير يدخل في بني فلان موالي عتاقة فقرا وموالي اسلموا على ايديهم
وموالي نفقرا موالي الموالي وعديدهم بقسم الوصية بين من بعد وعليهم من فقرايهم والحليف اسم
من ياتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون على التناصر والعديد من يعد نفسه منهم ويعدونه كذلك من غير حلف
وانما دخل الكل لان الايجاب ههنا تعلق بالنسبة الى القبيلة وهم في هذه سوا للتناصر بهذه الاسباب
يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم وحليفهم منهم وفي هذه النسبة حقيقة النسب منقطع
بالاب والجد كما قال انه من بني ادم وينسبون كلهم الى ادم بالنسبة لا بالنسب بخلاف ما اذا قال لبني
فلان الى الاولاد لان حقيقة النسب متصل غير منقطع فيتعلق الاستحقاق بحقيقة النسب فلا يدخل الموالي
قوله ومن اوصى لولد فلان يدخل الذكر والانثى ولا يعلم فيه خلاف وهل يدخل ولد الولد قالوا
اذا ثبتت قرينة يدل دخولهم دخلوا بان لم يكن لفلان الاولاد او قال الموصي ولا يعطى لولد البنات
او قال الاولد فلان او قال فضلوا ولد فلان على غيرهم اما اذا انتفت القرينة لا يدخل ولد الولد
لان الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب ولا يلزم قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم اي يورثكم
ثم ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية لانه دخل في الميراث مع البنت بدليل اخر وهو انه
عصبة عصبة على ما ذكر في الفرايض فكان دخوله بقرينة **قوله** ومن اوصى لمواليه الى قوله
فالوصية باطلة وهو ظاهر الرواية وبه قال الشافعي في قول وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف
ان الوصية لهم جميعا وهو قول زفر واحمد والشافعي في قول وقال ابو ثور الكل يدخلون في الوصية
ولكن يقرع بينهما لان احدهما ليس باولى من الاخر وقال احمد وزفر ان الاسم يتناولهم فصار كما
لو اوصى لاخويه وله اخوة مختلفين من الاب والام وقول ابي ثور يقرع لان احدهما ليس باولى من
الاخر غير صحيح لان بالتعميم يحصل التعيين وامكان العمل وقال الشافعي في قول الوصية للاعلى لانه
اقوى بدليل انهم عصبة بخلاف الاسفل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه في قول يوقف الامر حتى
يصطلحوا لان الوصية لا يخرج عنهما وكل واحد يمكن ان يكون مقصودا ولا ترجيح فاذا اصطلحوا اخذوها
ولنا ان اسم المولى مشترك بين الاعلى والاسفل ولا عموم له كما بين في الاصول ولا لاحدهما لان الجهة
مختلفة فقد يكون مقصود الموصي مجازاة النعمة بخلاف لفظ الاخوة لانه يتناول المختلفين في الجهة باعتبار
اسم الاخوة وهو المجاورة في الرحم او الصلب وهو عام وان اختلفت جهاته لاشتراكها اما المولى يطلق
على الاعلى باعتبار معنى الانعام لانه منعم وعلى الاسفل باعتبار انه منعم عليه ولا عموم له لان العام
ما يشمل الافراد باعتبار معنى واحد **قوله** لانه اي قوله لا اكلم موالي فلان مقام النفي ولا تنافي فيه
يعني لا تنافي في عموم النفي في المختلفين اذ نفي المختلفين في محل واحد لا يستحيل وفي الاثبات يستحيل
الا ترى ان اجتماع الحنطة والشعير في مقدار واحد يستحيل في حالة واحدة ولا يستحيل انتفاؤهما وكذا
في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين اما انتفاؤهما لا يستحيل فيصح ان يقال لا يوجد فيه
صوم فرض ولا نفل **فان قيل** سلمنا ان لفظ المولى مشترك ولكن يمكن ترجيح الاعلى كما رجح
الشافعي في قول وابو يوسف في رواية لان الوصية في حق الاعلى شكر الانعام وفي حق الاسفل
زيادة الانعام وشكر الانعام واجب وفضل الانعام مندوب وكان صرفها الى الواجب اولى
قلنا ان هذا الوجوب لا يدخل تحت الحكم فان القاضي لا يجبره على شكره بالايصا فصار كالمندوب
ولان الغالب والمعروف في الوصية بالثلث للفقرا طلبا لمرضات الله تعالى كالزكاة والغالب في موالي
الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنا والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فكان الصرف الى الاسفل اولى
من هذا وهو مروي عن ابي يوسف ايضا والى الاعلى اولى من ذلك الوجه فتعارض المراد ان على

التسوا فلم يمكن الترجيح فبطلت الوصيه فلو كان الموصي عربيا لا تبطل الوصيه لان الاعلى لا يكون
له لان العرف لا يسترق فتعين الاسفل اليه اشار في الذخيره والجامع الكبير لصدر حميد **قوله**
وقد دخل في هذه اي في الوصيه لمواليه **قوله** ولا بد من تحقق الاسم اي من اسم المولى قبله اي قبل
الموت ولم يتحقق لان اسم المولى لهم بعد عتقهم وعتقهم بعد الموت **قوله** لان سبب الاستحقاق
لازم اي سبب الاستحقاق ولاوهم ثابت الا ترى ان المدبر بين الشريكين اعتقه احدهما وضمن
نصيب شريكه كان ولاوه بينهما فدل ان نفس التدبير استحق ولاوهم فكانوا من جملة مواليه
وقال احمد في رواية ولكن ما ذكر محمد اصح لانهم لا يستوجبون بنفس الاستحقاق بل بالاحيا الحاصل
وذلك هو بعد موته كذا في الجامع الكبير لشمس الايمه ويدخل فيه عبيد الى اخره وعبيدا بالاجماع
ولا يعلم فيه خلاف لاحد دون مولى الموالاه اي لا يدخل وبه قالت الايمه الثلاثه لعدم صحة مولى
الموالاة عندهم وعند ابي يوسف انهم اي موالي الموالاه يدخلون **قوله** والاعتاق لازم هذا
بيان ان جهه الاعتاق رجحت للزومه فكانه جواب سوال هو ان يقال لما كانت الجهة مختلفة
فصار كالمشترك فلم رجحت جهه الاعتاق فقال للزومه وقوته وذكر شمس الايمه المسله في الجامع
الكبير من غير ذكر خلاف بل ذكر فيه القياس والاستحسان قال في القياس يدخل لاطلاق الاسم عليه
بمباشرة سبب الولا من عقد او عتق لان الاسم للفريقين حقيقة وفي الاستحسان لا يدخل لانه يحلف
فيه وسببه عقد يحتمل الفسخ بخلاف الاعتاق فانه لا يحتمله والمراجحة لا يتحقق بين الضعيف والقوي وفيه
لو لم يكن له الا مولى الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب الحمل بما دونه
ولا يدخل فيهم موالي الموالي **قوله** ولا يدخل فيه اي فيما اذا اوصى لمواليه موالي اعتقهم كذا
وقع في النسخ ولكن الصواب اعتقهم ابنه او ابوه كما ذكر في الايضاح والجامع الكبير لصدر حميد
والكافي وغيرها لان التعليل الذي ذكره انما يصح فيمن اعتقهم ابوه او ابنه فان موالي ابيه او
ابنه لا يدخل في الوصية لمواليه اذا كان له موال وموالي موال عند اكثر اهل العلم الا عند زفر
فانه يدخل عنده لوجود اسم المولى وليس بصحيح لانه لا يكون مولاه لا حقيقة ولا مجازا اما عند عدم
مواليه وموالي مواليه لا يدخل ايضا عند العامة الا عند ابي جعفر الحنبلي فانه يقول عند عدمهم
يدخل لان اسم المولى يطلق عليه مجازا فيصرف اليه عند عدم الحقيقه تصحيحا لتصرفه وقال ابو
يدخل موالي ابيه اذا مات ابوه وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم وقلنا
معتقوه مواليه حقيقه لانه اعتقهم ومعتقوا معتقه مجازا لانه تسبب لاعتاقهم كانه بسببه ولاءهم
اليه مجازا ولم يوجد التسبيب والاعتاق في معتق ابيه او ابنه فلا يكون مواليه حقيقه ولا مجازا اما
الميراث باعتبار ان الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لا لان الولا انتقل اليه
وهذا لان الولا بمنزلة النسب كما نطق به الحديث والنسب لا يورث الا ترى ان الرجل قد يكون
من قبيلة اخرى بان كان الرجل وابنه عبدين فاشترى الاب رجل تميمي والابن رجل اسدي فاعتق
الاسدي الابن والتميمي الاب ثم ان الابن اشترى عبدا فاعتقه ثم مات ثم مات الابن ثم مات معتق
الاب ولم يترك عصبه فان ميراثه يكون للاب بحكم انه قام مقام ابنه في التعصيب لا لان الولا
انتقل بموت الابن لانه لو انتقل ولاؤه الى الاب بعد موت الابن كان ولاؤه لبني تميم لان ولا الاب لبني
تميم ولم يصر الولا لبني تميم بالاتفاق حتى ان مولى الابن لو جنى لا يكون عقله على بني تميم بل على بني
اسد فعلم ان الولا لم ينتقل كذا في الجامع الكبير لصدر حميد **قوله** بخلاف معتق البعض هكذا وقع
في النسخ ولكن الصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح والكافي وغيرهما

يعني

يعني بخلاف معتق المعتق فانه مولاه مجازا اما معتق البعض لم ينسب اليه بالولا بعد لانه كالمكاتب
عند ابي حنيفه والمكاتب حال قيام الكتابة لا يدخل بحث اسم المولى عندهما لو نسب اليه انما ينسب
بالولا حقيقه فلا يحتاج الى ذكره وفي فتاوى العطر وصي العلما لا يدخل المتكلم في بلادنا ويدخل في
بلاد خوارزم وهكذا قال صاحب المحيط وقال الترجماني يدخل المتكلم والمحدث ولو اوصى للفقها
يدخل من يدقق النظر في مسايل الشرع وان كان يعلم ثلاث مسايل مع ادلتها قال بعض المشايخ ان
من يحفظ من المسايل دون ادلتها لا يدخل ونص ملك في كتابه لو اوصى للعقلا يصرف الى العلما
الزاهدين لانهم هم العلما في الحقيقة كذا في القنيه **باب الوصية بالسكنى والخدمة**
لما فرغ من بيان الوصيه في الاعيان شرع في بيان الوصيه بالمنافع
واخره لما ان المنافع بعد الاعيان **قوله** ويجوز الوصيه بخدمة عبده الى اخره يجوز الوصيه
بالمنفعه موقتا ومويدا عند اكثر اهل العلم وكذا بالغلة الا عند ابن ابي ليلى فانه قال لا يصح
اصلا لان المنفعه معدومه ولا يصح الوصيه بالمعدوم ولو حدثت المنفعه والغله بعد موت
الموصي يكون ملك الوارث واعتبا الوصيه بعد الموت وقلنا يجوز تمليك المنفعة ببدل وغير
بدل في حال الحياة فيحتمل التملك بعد الممات كالاعتاق وهذا لان الموصي يبقى العين على ملكه
يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه
منفعه الوقف على حكم ملك الواقف واذا ثبت هذا في المنفعة فكذا في الغله لانها بدل المنفعه
بخلاف الميراث فالارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها
ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لا يتصور الا فيما يبقى وقتين والمنفعة
لا يبقى وقتين واما الوصيه ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعاره فيصح كذا في المبسوط
قوله وكذا بعد الممات بل اولى لان الوصية اسرع نفاذا **قوله** محبوسا على ملكه اي ملك
الموصي و**قوله** على اصلنا يحترز به عن قول الشافعي فان العارية عنده اباحة المنافع لا تمليكها
وقد مر في العارية **قوله** والمعنى وهو الحاجه شملهما اي المنفعه والغلة **قوله** سلم اليه
اي العبد سلم الى الموصى له ليخدمه وهو قول كل من قال بصحة الوصية في المنفعه **قوله**
وان كان لا مال له غيره الى اخره وقال الشافعي واحمد ان لم يخرج العبد من الثلث احرمها يعد
الثلث كساير الوصايا او كالاعيان فيقوم العبد مسلوب المنفعة تلك المدة ثم يقوم المنفعه
في تلك المدة فينظر كم قيمتها ولو كانت الوصيه موبدة يقوم الرقبه بقيمتها جميعا ويعتبر خروجها
من الثلث وقال ملك اذا اوصى بخدمة عبده سنة ولم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين
تسليم خدمته سنة وبين ثلث المال وعندنا واي ثور يخدم العبد للموصى له يوما وللورثه يومين
اي ابدا اذا كانت الوصية موبدا وفي الموقت بقدر ذلك الوقت اذا لم تجز الورثه الوصية
في الزياده وقلنا لا يمكن قسمه العبد اجزاء لانه لا يتجزى وكذا المنافع لا تحتمل القسمه بالاجزاء فصرنا
الى المهاياه اي المناوبه بالازمان ليمكن الموصى له استيفاء حقه بهذا الطريق فلا يحتاج الى اعتبار القيمة
قوله لان الاول وهو تقسيم عين الدار اثلاثا اعدل لان كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى
في الوقت يستوفيه صاحبه بخلاف ما لو تهايا فان هناك يسبق احدهما بالزمان **قوله**
وليس للورثه ان يبيعوا الى اخره وبه قال الشافعي وملك واحمد في روايه وعن ابي يوسف
ومحمد يجوز وبه قال احمد في المنصوص منه اي ما في ايديهم خالص ملكهم فينفذ بيعهم **قوله** فان
ظهر للميت مال اخر يعتبر هذا الاحتمال لانه نشا من دليل وهو ايضا الميت مكل منافع الدار

علمه ان الايصا بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلو لم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن المحرم شرعا كذا قيل **قوله** على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار الوصية وقد روي بعض اصحاب الشافعي وجها منه ان المنفعة تنتقل الى ورثة الموصى له **قوله** استخدمه بنفسه اي استخدم الموصى له العبد الذي اوصى بغلته **قوله** وقال الشافعي له ذلك وبه قال مالك واحمد لانه اي الموصى له ملك المنفعة لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة حال الحياة فانه لو ملك المنفعة حال الحياة بالاستيجار لملك الاجارة من غيرها فكذا اذا ملكها بالوصية بعد الموت بخلاف الاعارة فانها اباحة المنفعة على اصل الشافعي فلا يملك الاعارة من غيره **قوله** فانها اي الاعارة تمليك بغير بدل في حال الحياة على اصلنا حتى لو قال ملكتك منافع هذه الدار كان عارية صحيحة وانما لا يتعلق بها اللزوم لكونها متعرية عن البدل وكذلك الوصية عير لازم الا ان غير الموصي لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصي لان الرجوع للمتبرع لا لغيره والموصي لا يقدر على الرجوع بعد الموت **قوله** وانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها اي المنفعة تبعا لملك الرقبة الى قوله وهذا لا يجوز وهكذا اقره في المبسوط وقيل يرد عليه اجارة الحر نفسه فانها تجوز مع ان الحر لا يملك نفسه ويملك منفعته الان يقيد ويقول كلامنا في المملوك لا في الحر فان الوصية بمنفعة الحر لا يجوز **قوله** وليس للموصى له ان يخرج العبد الى اخره وقال الشافعي واحمد وابو ثور له اخراجه مطلقا لانه مالك لمنفعته فله اخراجه كالمستاجر قلنا الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي لما اذا كان الموصى له واهله في موضع اخر فمقصود الموصي ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم اما اذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه من بلده **قوله** لانه اي الغلة على تاويل المال او ذكره بتذكير الخبر وهو المال ولا يعلم فيه خلاف **قوله** فكان اي الايصا بالغلة بالجواز اولى بالنسبة الى الخدمة فان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شايبة العينية فالغلة التي هي عبارة عن مال عين وهو الدراهم او الدنانير بالجواز اولى كان له غلة تلك السنة يعني لو كانت الوصية بغلة عبده سنة ولا يعلم فيه خلاف **قوله** يحتمل القسمة بالاجزاء احترازا عن الوصية بخدمة العبد فان هناك لم يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء وصرنا الا استيفا الخدمة بطريق المهاياه **قوله** عطفا منه اي من محمد او الموصي فانه عطف قوله ولاخر رقبته بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده وما اوجب لكل واحد منهما بطريق العطف يحتمل الوصية بانفراده فعطف احدى الوصيتين على الاخرى لا يحقق مشاركة منهما فيما اوجبه لكل واحد منهما وفي المبسوط والجامع للتمرتاشي نفقة العبد الموصى بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة وبه قال الاصطخري من اصحاب الشافعي واحمد في رواية وقال الشافعي واحمد في ظاهر مذهبها على صاحب الرقبة وبه قال ابو ثور كالعبد المستاجر لان النفقة مؤنة فتجب على مالك الرقبة ولهذا تجب فطرته عليه وفي قول للشافعي في كسبه فان لم يف ففي بيت المال قلنا العبد لا يقوى على الخدمة الا بالنفقة فنفقته على من يخدمه كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وفي المغني لابن قدامة وهو الاصح اما لو اوصى بخدمة عبد لا يقدر على الخدمة وبرقبته لاخر وهو يخرج من الثلث فالنفقة على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا استقل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة لان النفقة عليه في حال الصغر بنمو العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة اذ الاصل ان نفقة المملوك على المالك الا ان يصير معدا لانتفاع الغير كالامة اذا زوجها وبواها فنفقتها على الزوج وان لم يبوئها فالنفقة على المولى ولو جنى هذا العبد ورقبته جنايته فالفدا على صاحب الخدمة لان الاستخدام مختص به المالك

بالفدا المسلم الخدمة له ولا يسلم لصاحب الرقبة شي في الحال فاذا خدمه على حاله لانه طهره من الجناية وفي المحيط لو ابى صاحب الخدمة اي يفدي فداه صاحب الرقبة او يدفعه وتبطل وصيته القوصرة بالتشديد والتخفيف وعا التمر يتخذ من قصب ولا شي لصاحب الطرف وهو الموصى له بالامة والخاتم والقوصرة ...ف اي في الولد والفص والتمر **قوله** وكذلك الجواب عند ابي يوسف اي كان كما اوصى ولا شي لصاحب الطرف في المظروف **قوله** وكذلك في اخويها والعنو في اختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر **قوله** كما في وصية الرقبة والخدمة فان هناك الموصول والمفصول سوا في الحكم بلا تاخير تعليل محمد رحمه الله في الكتاب وفي المبسوط وذكر التعليل على مذهب محمد في اصول فخر الاسلام وشمس الائمة من غير خلاف احد دليل على ان المعتمد والماخوذ قول محمد **قوله** بخلاف الخدمة مع الرقبة يعني في الوصية بالرقبة لانسان وبخدمته لاخر كان كما اوصى وان كان مفصولا ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شي لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولهذا لو اوصى بالعبد واستثنى الخدمة او بالدار واستثنى السكنى او بالبستان واستثنى الغلة المعدومة فانه لا يصح الاستثنا فكذلك في التخصيص لما ان شرط صحة التخصيص والاستثنا ان يكون صدر الكلام متناولا للمستثنى والمخصوص كذا في زيادات صاحب الهداية و **قوله** وانما يستخدمه الموصى له اي الموصى له بالرقبة انما يستخدمه باعتبار المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة فيه اي في الاستخدام حق وكذا اسم الدار لا يتناول السكنى واسم النخل لا يتناول الثمرة وانما يستحق هذه الاشيا بملك الاصل اذا لم يوجد المانع وهنا المانع وهو الوصية للثاني موجود فلا يمكن حمله على البيان والتخصيص **قوله** بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا الى اخره قيل انما عطف الاستثنا على التخصيص بلفظ او لان في التخصيص شبهة لما انه مبني على العموم وفي العموم ههنا تصور لان اقل العام ثلاثة وفي الاستثنا لا يشترط كون المستثنى منه موصوفا بهذه الصفة كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة اي الموجودة وقت الموت وانما قيد بقوله وفيه ثمرة فانه اذا لم يكن فيها فالمسلة بحالها فمسلة الثمرة كمسلة الغلة فانه يتناول المعدوم ما عاش ذكره في المبسوط ثم سقي البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع به كما في النفقة والخلاف فيه كالخلاف في النفقة **قوله** الثمرة اسم للموجود عرفا في المبسوط الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول الحادث الا بالمجاز اما الغلة اسم للموجود والحادث جميعا واذا كان كذلك ففي الوصية بالثمرة مطلقا يتناول الموجود عند الموت لا الحادث بعده لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز اما اذا اقترن به ذكر الابد يراد به المجاز فيجب استعماله في المجاز ويكون له ما حدث من الثمار ما عاش بمنزلة الغلة **قوله** والمعدوم مذكور يعني اذا نص على الابد يدخل الثمار المعدومة باعتبار انه مذكور لا باعتبار ان المعدوم شي كما اذا اوصى بثلث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار ان المعدوم مذكور لا باعتبار ان المعدوم شي وذكر التمرتاشي فرقا بين الغلة والثمرة ان الموصى له بالغلة اذا مات بطلت الوصية اما الموصى له بالثمرة اذا مات كانت الثمرة ولما قيمته لا تبطل الوصية وتصير الثمرة لورثة الموصى له لانه عين مال وفي المبسوط انه لو باعه في حياته واخذ ثمنه جاز البيع وكان الثمن لورثته بعد موته **قوله** فاذا الحلف اي الغلة متناولها للقايمة والحادثة **قوله** وهذا الخلاف اي الوصية بالصوف واللبن بخلاف الوصية بالثمرة والغلة **قوله** كالمعاملة اي على قول من يجوزها يعني لما جاز استحقاقها بعقد من العقود فكذا بالوصية

لانه ليس في العقود الما الولد المعدوم واخواته وهو الصوف واللبن فلم يشرع استحقاقها بشي من
العقود فلم يصلح استحقاقها بالوصية ايضا وفي المبسوط اذ يقول القياس في مسله الصوف واللبن
والولد ان يستحق الموجود والحادث عند التنصيص على التابيد لان المحل الذي يحدث منه هذه
الزوايد يجعل مبقى على ملك الميت حكما لاستعماله بوصيته كما في ثمره البستان ولكنه استحسن
فقال ما في بطون الحيوان ليس في وسع البشر ايجاد ما ليس بموجود فلا يصح ايجابه للغير بشي من
العقود بخلاف الثمار فان لصنع العباد تاثيرا في ايجاده ولهذا جاز عقد المعامله وهي شركة
في الخارج فيصح ايجاب الوصية فيما يحدث منه عند التنصيص على التابيد والدليل على الفرق
انه لو اوصى بصوف غنمه لانسان او رجل شاته لا تصح الوصية ولو اوصى بقوايم الخلاف او سعف
النخل وان كان وصفا للمحل فانه يحتمل التمليك ببعض العقود بخلاف اطراف الحيوان
فاذا اظهر الفرق فيما هو موجود منها وكذا فيما يحدث **قوله** ويعقد الخلع مقصودا وفي
الشامل قالت لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في
البطن شي فلا شي له وما حدث بعده للمراة لان ما في البطن قد يكون له قيمه وقد لا يكون فلم
تغتر حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس في بطنها حمل ترد المهر وفي المحيط اوصى بما في نخيله
من الكفرى فصار بسرا او رطبا قبل موته بطل الوصية ولو اوصى بعنب فصار زبيبا قبل
موته بطلت ولو اوصى برطب فصار تمرا قبل موته لا تبطل الوصيه استحسانا لا قياسا كما
لو اوصى بحمل [illegible] ركبشا او كبيرا ولو حصل هذه التغييرات بعد موت الموصي
لا تبطل الوصيه والوكالة كالوصية حتى لو حصلت هذه التغييرات قبل بيع الوكيل فلها
حكم الوصية وبعد بيعه لا تبطل الوكاله اوصى ان يجعل داره مسجدا ان خرج من الثلث
او لم يخرج واجازت الورثه يجعل مسجدا وان لم يخرج من الثلث ولم تجز الورثه يجعل ثلث
داره مسجدا اوصى بظهر مركبه في سبيل الله بطلت الوصيه عند ابي حنيفه لان من اصله
ان الوقف المنقول لا يجوز وان كان مضافا الى ما بعد الموت وعندهما يصح لصحة وقف
المنقول عندهما ولو اوصى بشي للمسجد الحرام لم يجز الا ان ينفق على المسجد لانه ليس من اهل
الملك وذكر النفقه بمنزلة الوقف على مصالحه وعند محمد يصح ويصرف الى مصالحه تصحيحا
لكلامه ولو قال اوصيت لفلان او فلان لا تصح الوصية عند ابي حنيفه رحمه الله لجهالة
الموصى له وعند ابي يوسف لهما ان يصطلحا على اخذ الثلث وعند محمد الخيار للورثه اعطوا
ايهما شاؤا

باب وصية الذمي

ذكر وصية الكافر
بعد وصية المسلم اذ الكافر تابع للمسلم في احكام المعاملات فذكر التابع بعد المتبوع **قوله** والوقف
عندي اي عند ابي حنيفه يورث اذا كان لمسلم فهذا اولى يعني اذا لم يكن مسجدا لا يورث ولا
يقال البيعه عندهم كالمسجد في حقنا والمسلم لو جعل داره مسجدا لا يورث فينبغي ان تكون البيعة
كذلك لانا نقول المسجد محرر من حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا فلا يورث ولا كذلك
البيعة لان البيع عندهم لمنافع فانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم كذا في جامع قاضي خان
وغيره وعندهما هذه معصيه فلا تصح الوصية بالمعاصي وهو قول الايمة الثلاثه فيورث بالاتفاق
لكن على اختلاف التخريج **قوله** وان اوصى بذلك لقوم مسمين اي معلومين يحصى عددهم جاز
بالاتفاق وفيه خلاف الشافعي واحمد وابو ثور **قوله** وقالا الوصية باطلة وبه قالت الايمه
الثلاثه وفي جامع البرهاني قال مشايخنا هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببنا بيعة او كنيسة في القرى

اما في المصر لا يجوز باتفاق اصحابنا لانهم لا يمكنون من احداث البيعه في الامصار **قوله** امتنع
ثبوت مقتضاه الى مقتضى الوصيه على ما ويل الايصا وهو زوال الملك فلذلك لا يورث وفي
زيادات صاحب الكتاب سال محمد على نفسه سوالا فقال كيف يكون هذا قربه من الذمي وانه لا
يثاب على ذلك فاجاب وقال الاحكام في حقهم انما تبنى على ما يظهرون لا على الحقيقه الا ترى انه
اذا ذبح وسمى الله تحل ذبيحته وان كان ما يعتقده الها ليس باله على الحقيقه ولو ذبح باسم
المسيح لا تحل ذبيحته على ما قال علي اذا سمعتموهم سموا لغير الله فلا تاكلوا **قوله** والوجه
ما بينا اي من الجانبين فالاعتبار لاعتقادهم عنده وعندهما انه وصية بمعصيه وهو قول
الشافعي وابو ثور واحمد **قوله** والجهه مستوره اي صرف هذا المال الموصى به الى استحقاق
المسجد وغيره خرج على وجه المشوره لا على طريق الالزام قال قاضي خان فلو كان لقوم باعيانهم
صحت ويكون تمليكا وانما ليست بقربة في اعتقادهم فلا يكون تمليكا الى الله تعالى في اعتقادهم فلا
فلا يصح **قوله** وهو من الروم اي الموصي من الروم او من الديلم او بان يشتري العبيد من ثلث
ماله ويعتق في سبيل الله فانها صحيحه بالاتفاق لان هذه وصيه بما هو قربه حقيقه عندهم فيكون
صحيحه وغاية ما في الباب انه لا يوجر بهذه الوصية ولا يستحق الثواب بها واستحقاق ليس بشرط في
صحه الوصيه بل شرطها جعله لله تعالى بجهه القربه الا ترى ان المسلم لو اوصى بالقربه ولم يحضر
النيه صحت الوصيه وان كان لا يستحق الثواب كذا ذكر صاحب الكتاب في الزيادات **قوله**
على الخلاف المعروف وهو ان ملكه يزول عنه خلافا لهما وقد مر خلاف الايمه الثلاثه في بيان
احكام المرتدين فكل من قال بزوال ملكه بالرده لا تصح وصيته وكل من قال بعدم الزوال يصح وفي
المرتد الاصح انها تصح وصاياه لانها تبقى على الردة يعني لا تقتل عندنا فاذا كانت تبقى على الرده
صارت كساير الكفار فتصح تصرفها ولان الوصية لها استخلاف او تمليك ولها ولايه كليهما وذكر
صاحب الكتاب في زياداته انه على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا يكون بمنزله الذمية وهو الصحيح
لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها اما المرتدة لا تقر على
اعتقادها **قوله** هذا اذا لم يكن ورثته معه في دار الاسلام اما لو كانت معه يتوقف
على اجازتهم واليه اشار في الكتاب بقوله وليس لورثته حق يراعى لكونهم في دار الحرب الى اخره
قوله وذلك من حق المستامن ايضا اي الرد الى ورثته من حقه ايضا لا لحق ورثته لانه ما رضي
بزوال ملكه الى غير وارثه **قوله** لما بينا وهو ان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق
الورثه الى اخره **قوله** ولو اوصى له ذمي او مسلم جاز وبه قال مالك واحمد واكثر اصحاب
الشافعي حتى لو اجاز الوصية للحربي في دار الحرب اما عندنا وبعض اصحاب الشافعي لا يجوز
في دار الحرب وعن ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف لا يجوز في دار الاسلام ايضا **قوله** لانه
من اهل الحرب وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله الى قوله انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في
الدين فدلت الاية ان المبرة في حق من قاتلنا لا تحل **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام
وقوله في دار الاسلام طرف لاوصى لا للحربي فان الوصيه عندنا للحربي في دار الحرب لا تجوز باتفاق
الروايات وقد قلنا ان عند مالك واحمد واكثر اصحاب الشافعي تجوز لما روي انه صلى الله عليه
وسلم اعطى لعمر حلة من حرير فقال عمر يا رسول الله وقد قلت في الحرير ما قلت فقال عليه الصلاة
والسلام اني لم اعطكها لتلبسها فكساها عمر اخا له مشركا بمكة وعن اسما بنت ابي بكر قالت اتتني
امي راغبة عن الاسلام فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت يا رسول الله افاصلها

قال نعم وهذا فيها صلة اهل الحرب وبرهم قلنا هذا خبر واحد عورض عن مشهور فلا يترك
ظاهر الكتاب مع ان هذا لا يدل على جواز الوصية لامكان ان يكون ذلك قبل النهي او كان لجهة
غير التمليك كذا قيل **قوله** لتباين الدارين اي حقيقة وحكما حتى لو اوصى لذمي لحربي مستامن
يجوز والله اعلم بالصواب

باب الوصي وما يملكه

لما ذكر حكم الموصى له شرع في بيان حكم الموصى اليه وقدم الموصى له لكثرته ووقوعها وفي الصحاح
اوصى الى رجل جعله وصيا والاسم الوصاية بالكسر والفتح وفي المحيط سئل ... سلم اذا حضره الموت
ان يوصي ويكتب كتاب وصيته لقوله عليه السلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت
الا ووصيته تحت راسه ويكتب هذا ما اوصى فلان بن فلان وانه يشهد ان لا اله الا الله وان
محمدا عبده ورسوله وامنت بجميع رسله من ادم الى محمد ويشهد ان الجنة حق والنار حق وان
الساعة اتية لا ريب فيها وان الله يبعث من في القبور وان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله
رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين وان العبد المذنب الضعيف المفرط
في طاعته المقصر في خدمته المفتقر الى رحمته الراجي لفضله ترك من المال الصامت كذا ومن
العقار كذا وعليه من الديون كذا ان كان عليه ويكتب اسم الغريم واسم ابيه وجده ويكتب
ان مت من مرضي هذا اوصيت بان يصرف ثلث مالي الى كذا وكذا واوصيت الى فلان بن فلان
ليقوم بقضاء ديوني وتنفيذ وصيتي وتمهيد اسباب ورثتي فعليه ان يتقي الله حق تقاته ولا
يتقاعد عن امور وصيتي ... عن اقتضاء حقوقه واستيفائه وان تقاعد كان الله حسيبنا
عليه ويشهد على ذلك **قوله** وردها اي الوصاية في غير وجهه اي بغير علمه اومن الوجه
العلم كذا اشير في الذخيرة **قوله** ورده اي رد الوصي بغير علمه وبعد مماته قال الشافعي واحمد
له رده بغير علمه وبعد موته لانه متصرف في مال الغير باذنه فكان له عزل نفسه كالوكيل
ولنا ما ذكر في الكتاب وعن احمد رواية في الرد بعد موته مثل قولنا **قوله** بخلاف الوكيل الى اخره
في النهاية هذا الذي ذكره يخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر
الشهيد وجامع المحبوبي وفتاوى قاضي خان حيث ذكر فيها ان الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل
وكذا من غير علمه لا ينعزل حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة من العجب ان الامام قاضي خان
ذكر في جامعه ما يوافق رواية الهداية والله اعلم بصحته وقول الائمة الثلاثة موافق لما ذكر
في الهداية اما الموصى له اذا قبل الوصية في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته يصح رده
والفرق ان الايصاء توكيل بعد الموت واضافة الوكالة الى وقت في المستقبل جائزة كما لو قال
وكلتك ببيع عبدي غدا فهذا جائز قياسا واستحسانا اما الوصية في المال فتمليك في المستقبل
والقياس باباه كما لو قال وهبتك عبدي هذا غدا لم يصح فاذا صح الايصاء في حال الحياة قياسا واستحسانا
صح القبول في الحال ايضا فاذا صح قبوله فلا يصح رده بعد موته دفعا للغرور واما التمليك المضاف
الى وقت في المستقبل لا يصح في الحال فصار وجوده وعدمه بمنزلة فلم يصح القبول في الحال ولو رده
بعد موته لم يلزم الغرور ولان الوصاية استخلاف في الولاية وولاية تصرفه قائم فكذا استخلافه
يثبت في الحال اما الوصية بالمال استخلاف في نفس الملك والملك يثبت بعد الموت فيعتبر القبول
والرد حال ثبوت الملك وهو ما بعد الموت ولان المقصود من الايصاء توفير المنفعة على الموصي
ودفع الضرر عنه وبعد ما قبل الوصاية لو جاز رده بعد موته لتعذر الموصي لانه ترك النظر اليه
اعتمادا على قبوله الى اخره ما ذكر في الكتاب واما في الوصية بالمال فان المقصود هناك توفير

المنفعة

المنفعة على الموصى له وليس في رده بعد موته معنى الضرر والغرور لانه اذا رده لا يضيع المال
بل يصير الى وارثه وذلك خير للموصي شرعا وهذه الفروق الثلاثة مستفادة من المبسوط والذخيرة
والايضاح **قوله** وان شاء لم يقبل ولا نعلم فيه خلافا **فان قيل** ينبغي ان لا يملك الرد عندنا
لان الموصي اعتمد عليه على ان يقبله وترك الايصاء على غيره ولو رده يصير مغرورا **قلنا** يصير
مغترا لا مغرورا لانه ينبغي ان يساله انه يقبل ام لا يقبل وبنى الامر على قبوله فصار مغترا لا مغرورا
كذا في الذخيرة **قوله** لان ذلك اي البيع دلالة التزامه وقبوله فدليل القبول كصريحه وكذا
لو اشترى للميت بعض ما يحتاج اليه اذا قضى مالا او قضاه لزمته لوجود القبول دلالة كالمشروط
له الخيار اذا وجد منه ما يدل على الاجازة والفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح لذلك والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم ان وطئك زوجك فلا خيار لك كذا في المبسوط **قوله** كالوراثة يعني
ان الوصاية لما كانت خلافة كثبوتها اوان انقطاع ولاية الموصي وكان كالوراثة ولو تصرف الوارث
في التركة قبل العلم بموت المورث يجوز وينفذ ولا يملك رده فكذا الوصاية كذا في الذخيرة **قوله**
كاثبات الملك بالبيع والشرا قبل القبول بان باع شيئا وقال بعت هذا من فلان او اشتريت هذا من
فلان ولم يعلم وكذا لو وهب من فلان ولم يعلم فلان يتوقف نفاذ العقود على القبول كذا هذا
قوله وقد بينا شرط العلم الى اخره ومن تلك الكتب ما ذكر المصنف في فصل القضا بالمواريث
بقوله ومن اعلم من الناس بالوكالة الى اخره **قوله** ودفع الاول وهو المغيرة وهو اي الاول اصلي
يعني لما قال لا اقبل لا يبطل الايصاء ولم يرتد لانه لو بطل لوقع الميت في الضرر والضرر واجب الدفع
وان كان في وجوب الايصاء نوع ضرر على الموصي ولكن هذا الضرر اقل من ذلك الضرر لان هذا
مجبور بالثواب وذلك غير مجبور بشيء كذا ذكره الكتاني و**قوله** الا ان القاضي اذا اخرجه استثنا
من قوله ثم قال اقبل فله ذلك يعني يجوز قبوله الا اذا اخرجه القاضي عن الوصاية حين قال اقبل فحينئذ
لا يصح قبوله بعد ذلك ويصح اخراج القاضي للقاضي عن الوصاية حين قال لا اقبل لانه اي خروجه
عن الوصاية بقوله لا اقبل مجتهد فيه فان عند زفر يخرج عن الوصاية بقوله لا اقبل بلا علم الموصي فالقاضي
متى اخرجه فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ هكذا قرره الامام السرخسي ومن المشايخ من قال لا
حاجة الى هذا فان للقاضي ولاية اخراجه عن الوصاية لو صحت بقبوله فهاهنا اولى واليه ذهب
الحلواني كذا في ادب القاضي للصدر الشهيد **قوله** ومن اوصى الى عبد اي عبد غيره وبه
صرح في المبسوط ولانه يذكر حكم وصاية عبد نفسه بعد هذا تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر
العدل بلا خلاف العلما ولا يصح الى المجنون ولا طفل بلا خلاف ايضا وتصح الوصية الى المراة عند اكثر اهل
العلم ولم يجزه عطا لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون وللعامة ما روي عن عمر انه وصى
الى حفصة ولانها من اهل الشهادة فاشبهت الرجل ويعتبر للقضا الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف
الوصية اما الكافر فعندنا يصح في رواية ولكن يخرجه القاضي وبه قال الشافعي في وجه واحمد في
رواية وقال مالك والشافعي في وجه واحمد في رواية وابي ثور لا يصح وهو رواية عندنا لانه
لا يلي على مسلم وليس من اهل الشهادة ولا العدالة فلا تصح الوصية كالمجنون ووجه الروايتين مذكور
في المتن اما العبد فعند مالك واحمد يجوز الوصية الى العبد سواء كان عبد نفسه او عبد غيره لانه
يجوز استنابته في الحياة فصح ان يوصى اليه كالحر وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة يصح الوصية
الى عبد نفسه لا الى عبد غيره وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وابو ثور لا يصح الى العبد بحال لانه لا
يلي على ابنه بالنسب فلا يجوز ان يلي بالوصية كالمجنون وعند ابي حنيفة رحمه الله يصح اذا لم يكن في

الورثة كبار وصيه عبد نفسه وفي عبد الغير في روايه لا يصح وفي روايه يصح ولكن يخرجه القاضي كما ذكر في المتن والخلاف في المكاتب والمدبر وام الولد ورقيق البعض كالخلاف في القن عنده وعندنا يجوز الوصيه الى مكاتبه او مكاتب غيره لانه في حلافته بمنزلة الحر حتى لو عجز وعاد قنا كان الجواب فيه كالجواب في القن ذكره في المبسوط والايضاح واما الفاسق فعند الشافعي ومالك واحمد في رواية لا يصح الوصيه اليه لانه ليس من اهل الشهاده فلا يكون من اهل الولاية كالمجنون وقال احمد في روايه يصح ولكن ضم اليه امين وعندنا يصح الوصية اليه لانه عاقل بالغ نافذ التصرف وله ولايه حلافة على اصلنا حتى يجوز ان يكون قاضيا ولكن يخرجه الحاكم لانه متهم بالخيانه بسبب الفسق **قوله** وهذا اللفظ اي قوله اخرجهم القاضي يشير الى صحه الوصية حتى لو تصرف قبل الاخراج صح تصرفه كذا في شرح الاقطع لعدم ولايته اي لعدم ولايه العبد على نفسه والوصيه ولاية والرق ينافي الولايه على نفسه فيمنع على غيره واستبداده اي لعدم استبداده بنفسه لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع بها على غيره وكذا بعد اجازة المولى لا يصح ايضا وصايته لان هذا بمنزلة الاعاره منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم فاذا رجع المولى عنه كان العبد عاجزا عن التصرف بالوصايه اليه اشار في المبسوط **قوله** لعدم ولايته اي ولايه الكافر على المسلم ولهذا لا يرث من المسلم فلا يكون وصيا له لان الوصايه حلافة كالوراثة ولهذا لا يجوز وصية الذمي الى الحربي وهو ظاهر الرواية وفي روايه يصح ويخرجه الحاكم لانه اهل التصرف والاستنابة فيصح ويخرجه الحاكم لانه لا يتولى البيوع الفاسدة كذا في المبسوط **قوله** [illegible] الكافر في الجملة عندنا حتى لا يجوز شراؤه عبدا مسلما ويومر ببيعه **قوله** وسع نصيبه اي بيع الوارث الكبير نصيبه من العبد وذكر البزدوي فمتى صار بعضه مولى عليه وهما مما لا يتجزى بطل كله **قوله** وهذا نقض الموضوع لان موضوع الوصية ان يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقي من الميت وفي منعه عن بيع رقبته يخرجه عن الوصايه **قوله** ولذا اي لابي حنيفة انه اي العبد مخاطب يحترز به عن الصبي والمجنون مستبد بالتصرف يحترز به عن عبد الغير فانه لا يستبد بنفسه لان لمولاه ان يحجره عن التصرف وعن عبد نفسه اذا كان في الورثة كبار فان للكبير بيع نصيبه منه كما ذكرنا فلا يبقى له استبداد بنفسه اما اذا كانت الورثه كلهم صغارا فاحد لا يملك بيعه بجازت الوصية اليه ولا يعال للقاضي ولايه البيع في هذه المسئلة لان الايصا اذا ثبت لم يبق للقاضي ولايه البيع مع وجود الوصي كذا في الاسرار **قوله** يؤذن بكونه اي بكون العبد ناظرا لهم اي مشفقا عليهم والا لما اختاره للايصا والظاهر هذا الخلاف عند الغير لانه مو ولا يشفقه له ظاهرا **قوله** وصار كالمكاتب ولو اوصى الى مكاتبه يجوز فكذا هذا **قوله** على ما هو المروي عن ابي حنيفة روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال فيمن اوصى الى انسان في الديون هو وصي في الدين لا غير حتى لا يكون له التصرف في العين خلافا لهما والمسئله في المنظومة وجامع المحبوبي **قوله** او بفوض تمام اليه اي الى جزء الوصاية كيلا يؤدي الى ابطال اصله اي اصل الايصا وهو تصرف الموصي وتغير الوصف وهو كون الوصايه غير متجزيه بجعله متجزيا اولى من تغيير الاصل وهو ابطال تصرف الموصي بالكلية **قوله** ضم اليه القاضي غيره وبه قالت الائمة الثلاثة ولا نعلم فيه خلافا **قوله** ولهذا قدم اي الوصي لانه اي الوصي استفاد الولاية من الميت والشاكي قد يكون ظالما في شكواه فلما لم يتبين جنايته لا يخرجه عن الوصايه لان الموصي اختاره في النظر كذا في المبسوط **قوله** وقال ابو يوسف ينفرد الى اخره ذكره الكشاني قيل هذا الخلاف فيما اذا اوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة فعندهما لا يجوز لاحدهما ان يتصرف بدون غيره وعنده يجوز وبه قالت الائمة الثلاثة اما اذا

اوصى

اوصى اليهما معا بان قال اوصيتكما فلا ينفرد احدهما باجماع علمائنا وبه قالت الائمه الثلاثة وقال الصفار الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد ولا خلاف فيما اذا اوصى كل واحد بعقد على حدة قال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقال ابو بكر الاسكاف الخلاف في الفصلين جميعا وفي المبسوط وعند كثير من مشايخنا ينفرد كل واحد فيما اذا اوصى اليهما بعقد على حدة بلا خلاف مثل الوكيلين ولكن الاصح ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت وعند الموت تثبت الوصيه لهما معا بخلاف الوكالة لان بالايصا الى الثاني يقصد اشراكه مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية فيملك اشراك الثاني معه وقد يوصي الى غيره على ظن انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره وكان بمنزلة الوصية اليهما بخلاف الوكيلين فان رأي الموكل قائم هناك واذا عجز الوكيل يمكن الموكل من المباشره بنفسه فلم يكن قصده ضم الثاني اليه وانما قصد انابة كل واحد منابه بانفراده **قوله** سببها اي سبب الوصاية الولايه بدليل ان الايصا يتم بقوله اوصيت اليك مطلقا ولو كان طريقه الانابة لم يصح بالتنصيص على ما هو المقصود كالتوكيل فانه لو قال وكلتك بمالي لا يملك التصرف وكذا لو قال جعلتك حاكما على مالي لا يملك شيئا ما لم يبين له ذلك ولما صح الايصا اليه مطلقا عرف انه اثبات الولاية بطريق الخلافة والدليل عليه ان ارثه يثبت بعد موت الموصي بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة كذا في المبسوط [illegible] ولما ان الولاية تثبت بالتفويض يعني سبب هذه الولايه التفويض فلا بد من مراعاة وصف التفويض وانما يوصي الولايه اليهما على وهذا الشرط فلم يثبت بدون ذلك الشرط وهذا لانه رضي برأي الاثنين لا برأي واحد ورأي الواحد لا يكون كرأيهما [illegible] الاخوين في النكاح لان السبب ثمه الاخوة وهي لكل واحد على الكمال والسبب هنا الايصا وهو اليهما لا الى واحد **قوله** اصله الدين الذي عليهما اي على الاثنين حيث يصح انفاذ احدهما نصيب صاحبه ولهما اي للاثنين على الاخر دين حيث لا يصح استيفا احدهما نصيب الاخر **قوله** وهي اي مواضع الضرورة ما استثناه في الكتاب **قوله** الا في اشيا معدودة في المبسوط استحسانا في الاشيا المعدودة وفي الاسرار الا في سته اشيا تجهيز الميت وقضا الدين بجنس حقه وشرا ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد عند عدم الاخر ورد الغصب والوديعة والخصومه وقال في جامع قاضي خان ثمانيه اشيا وزاد على ما ذكر في الاسرار تنفيذ الوصيه المعينه وقبول الهبة وجمع الاموال الضايعة ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضايعة فعدان واحدا فتم الثمانيه والمصنف لما راى اختلاف الاقوال في العدد لم يتعرض للعدد بل قال الا في الاشيا المعدودة **قوله** لانها ليست من باب الولايه اي الولاية المستفاده من الموصي فانه اي استرداد الوديعه والمغصوب والمشترا شرا فاسدا وعند الائمة الثلاثة لا يجوز تفرد احدهما في الكل **قوله** وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه اي يملك صاحب الدين من غير تسليم احد ولم يكن التسلم من باب الولايه اي الولاية المستفادة من الوصي **قوله** وحفظ المال يرفع حفظ هذا على وجه التعليل لقوله وقضا الدين يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضا الدين لانه ليس في قضا الدين الا حفظ المال الى ان يقضي صاحب الدين وكل من يقع المال في يده يملك حفظه وهذا في قضا الدين الذي على الميت اما في اقتضا الدين للميت على الغير فهو على الخلاف وفي المبسوط واما اقتضا الدين واسترداد الوديعه فهو على الخلاف لان هذا يقبل التاخير ويتحقق اجتماعهما عليه وفيه توفير المنفعة لان حفظ الواحد لا يكون كحفظ المثنى وانما رضي بحفظهما **قوله** وقبول الهبة بالجر

عطفا على قوله الا في شرا الكفن **قوله** وقبول ما يخشى عليه التوى وفي بعض النسخ وبيع ما يخشى **قوله**
والمراد بالتقاضي الاقتضا اي القبض وفي الكافي البيع والرهن والاجارة والكتابة والتقاضي اي الاقتضا
وهو القبض وما اشبه ذلك فعلى الاختلاف لانها مبنى على الراي والولاية فلا يكون قبض احدهما للامانة
كقبض الاخر فالرضا بقبضهما لا يكون رضا بقبض احدهما ولانه في معنى المبادلة خصوصا عند اختلاف
الجنس **قوله** فلان الثاني وفي بعض النسخ فلان الثاني الى اخره وبه قالت الايمة وعلى هذا لو
جن او وجد ما يوجب عزله اقام الحاكم مقامه امينا فلو اراد الحاكم رد النظر الى الثاني منهما لم
يكن له ذلك للاختلاف وقد روي عن بعض اصحاب الشافعي جواز ذلك في وجه لان النظر لو كان
لموت الموصي من غير وصية كان له رده الى واحد فكذلك هاهنا وقلنا الوصي لم يرض بتصرف
واحد فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده **قوله** وعن ابي حنيفة
روى الحسن عن ابي حنيفة ان الحي لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه فلا يكون للوصي ان
يرضى بما يعلم ان الموصي لم يرض به وهو قياس قول الايمة الثلاثة **قوله** وقال الشافعي لا يكون وصيا
في تركة الميت الاول وبه قال احمد في رواية وقال احمد في رواية ومالك والثوري كقولنا اما لو
اذن الموصي للوصي ان يوصي الى من شا فله ان يوصي غيره عند اكثر اهل العلم وحكي عن الشافعي في
احد قوليه لا يجوز ان [illegible] غيره كما اذا اوصى اليه مطلقا **قوله** بالتوكيل في حاله يعني اذا
قال الوصي انه وكيل [illegible] يجوز له ان يتصرف في تركة الموصي فكذا هنا كذا في البدرية
وفي الكافي الوصي كالوكيل [illegible] فوض اليه التصرف بعد الممات والتوكيل فوض اليه التصرف في
الحياة ثم الوكيل لا [illegible] فكذا الوصي والفقه فيه انه رضي برايه والناس يتفاوتون
في الراي **قوله** كالجد [illegible] الاب كوصي الاب والجد اذا وكل غيره عند موته يروح ولده
ابنه جوز فكذا للوصي ان يوصي الى غيره **قوله** والى الجد في النفس يعني في تزويج الصغار والصغا
واستيفا القصاص فكذا الوصي يقوم مقام الاول فيما اسند اليه لانه خلف عن الاول باعتبار
هذه الخلافة فحل الاول قايما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل ومن شرط
ثبوت الخلافة عدم الاصل **قوله** وعند الموت كان له ولاية وفي بعض النسخ كانت له ولايه
في التركتين اي في تركة نفسه وتركة موصيه يعني في حال حياة الوصي الاول كان له ولايه
فيهما ففي ماله باعتبار ملكه وفي مال موصيه باعتبار الوصاية فكان تسمية التركة لماله وهو
حي باعتبار ما يؤول اليه امره **قوله** فلا يرضى الموكل في حياة الوكيل بتوكيل غيره والايصا اليه
اي لا يرضى بايصا وكيله الى غيره **قوله** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة الى اخره
معنى قوله عن الورثة اي نايبا عن الورثة ومعنى قوله عن الموصى له اي نايبا عن الموصى له صورته
صورته اوصى لرجل بالثلث واوصى الى رجل وله ورثة صغار او كبار غيب فقاسم الموصي بالموصى
له واعطاه الثلث وامسك الباقي للورثة فهذه القضية نافذة على الورثة حتى لو هلك حصة
الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشي لان ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ حال
الكبار والموصى له خصم والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة اما لو صالح مع الورثة عن
الموصى له بان كان صاحب الوصية غايبا فقاسم الوصي مع الورثة فاعطى الوصي الوارث حصته
وامسك الثلث للموصى له الغايب لم ينفذ القسمة على الموصى له حتى لو هلك ما في يده كان للموصى له
ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم لانه لا ولاية للوصي على الموصى له اليه اشار في الايضاح وغيره
فعلم ان فايدة الجواز وعدمه انما تظهر في حق الرجوع على من دفع حقه في يده وذكر المحبوبي محلا الى

بسوط

مبسوط شيخ الاسلام ان قسمة الوصي مع الموصى له على الورثة جايزة في العروض دون العقار اذا
كانت الورثة كبارا غيبا لان في القسمة معنى البيع وهو لا يملك بيع عقار الوارث الكبير الغايب ويملك
بيع منقوله اما لو كانت الورثة كلهم صغارا جاز مقاسمته مع الموصى له في العروض والعقار لولايته
عليهما اما مقاسمته مع الورثة على الموصى له باطلة في العقار والعروض جميعا سواء كان الموصى
له صغيرا او كبيرا حاضرا او غايبا حتى اذا هلك حصة الموصى له وبقيت حصة الورثة كان للموصى
له ان يرجع بثلث ما بقي في يد الورثة ان كان قايما في ايديهم **قوله** ويرد عليه به اي يرد على
الوصي بالعيب كما لو كان الميت حيا لان الوصي قايم مقام الميت كما ان الوارث قايم مقام الميت يصح
ان يكون الوصي قايما مقام الوارث عند عجز الوارث عن المقاسمة وهو فيما اذا كان صغيرا او غايبا
ولما كان قايما مقام الوارث صحت مقاسمته مع الموصى له بمنزلة مقاسمة الوارث فصحت كما يصح من
الوارث ولما صحت مقاسمته كان هلاك نصيب الوارث في يده بعد القسمة كهلاكه بعد قسمة
الوارث بنفسه مع الموصى له فلا يرجع الوارث على احد واما الموصى له لما لم يكن خليفة الميت بل
يحصل له ملك مبتدا و[illegible] لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يكن الموصى له قايما مقام الميت والوصي قايم
مقام الميت فلا ينوب الوصي عن الموصى له حال غيبته فلم يصح مقاسمة الوصي مع الورثة لاجل الموصى
له فلو قاسم وهلك ما افرزه للموصى له في يد الوصي كان له [illegible] في يد الورثة والوصي لا يضمن
لانه دايم على الفعل الاول وكان امينا فيه فصار كما لو [illegible] التركة قبل القسمة اليه
اشار الامام قاضي خان **قوله** ويصير مغرورا بشرا المورث [illegible] اشترى جارية ثم مات واستو
الوارث ثم استحقت الجارية فانه يتمكن من الرجوع على بايع الميت [illegible] ولو لم يكن هو خليفة
الميت لما ثبت له ولاية الرجوع على بايع الميت حتى لو باعها المورث [illegible] المسلة بحالها لا يتمكن
من الرجوع على بايع بايعه لانه ليس خليفة عن بايعه حتى يكون غروره كغروره بخلاف الوارث مع مورثه
قوله وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم اي الوصي الورثة فهلك ما في يده اي في يد الحاج والوصي
والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما **قوله** حج عن الميت من ثلث ما بقي وهو الذي افرزه الوصي
للورثة صورته ما ذكر قاضي خان في جامعه اوصى ان يحج عنه وترك اربعة الاف ومقدار الحج
الف واخذ الوصي الفا الى من يحج عنه فسرقت في الطريق فعند ابي حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما
بقي من التركة وهو الف فلو سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وعند ابي يوسف يؤخذ
ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثون وثلث فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى
وعند محمد اذا سرقت الالف الاول بطلت الوصية ولا يؤخذ مرة اخرى سوا بقي من الثلث
الاول شي او لا وقد مرت المسلة في الحج مع بيان اختلاف العلما **قوله** فقسمته جايزة اي قسمة
القاضي حتى لو هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغايب لا يرجع على الورثة بشي والفرق بين القاضي
والوصي ان للقاضي ولاية على الغايب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التوى فكان قسمة
القاضي كقسمة الموصى له لما ان القاضي نصب ناظرا لمن يعجز بنفسه امره وفي قسمته
ذلك بخلاف الوصي لانه لا ولاية له على الموصى له بوجه ولهذا لا يبيع شي من ماله فلا ينفذ قسمته
عليه اليه اشار الامام قاضي خان وذكر المحبوبي هذا الذي من قسمة القاضي فيما اذا كانت التركة
مما يكال ويوزن لان القسمة فيهما [illegible] لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين من غير قضا ولا رضا
ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن واما فيما لا يكال ولا يوزن لا يجوز
لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا القسمة **قوله** ولو تولى حيا

اي لو باع الموصي بنفسه حال حياته يجوز بيعه بغير حضورهم وان كان مريضا اي اذا باعه بمثل قيمته
فكذا اذا باعه وصيه لان حق الغرما متعلق بماليته لا بعينه والبيع لا يبطل ماليته لفواتها الى خلف وهو
الثمن اما العبد الماذون المديون يتعلق حق الغرما في عين العبد بالسعايه والبيع يبطله فكان مبطلا حق
الغرما فلا يصح بغير اجازتهم **قوله** اوصي بان يباع عبده وفي الكافي اي من فلان ضمن الوصي
اي الثمن **قوله** فيكون العهده عليه اي على الوصي ويرجع الوصي في تركه الميت لانه عامل للميت في
تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفه رحمه الله يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بفعله وهو
القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع وقال يرجع **قوله** لان الرجوع بحكم الوصيه لانه ينفذها احد حكمها
اي حكم الوصيه فينفذ بحل الوصية **قوله** انه اي الوصي يرجع عليه اي على الميت بحكم الغرور لان
الميت غره حيث امره ببيع عبده وبتصدق بثمنه وكان قايلا له ان هذا العبد ملكي وكان مغرورا
من جهته كذا ذكره قاضي خان وفي الذخيره محيلا الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين لا على الميت
والقياس هذا لان غنم تصرف الوصي يعود الى المساكين فغرمه يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف
رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب
والقهر مع له **قوله** وقد مر في كتاب القضا في اخر فصل القضا بالموارث وهو انه لا عهده على
امين القاضي **قوله** اولو [illegible] اي بالتركه وفاتان لم يفضل عن التكفين والتجهيز لم يرجع الوصي
لان البيع وقع للميت لا للو[illegible] الديون التي تكون على الاموات المفاليس **قوله** رجع
اي الوصي في مال الصغير [illegible] هذا اذا باع للصغير بامر القاضي او بغير امره اما لو باع
للغرما بامر القاضي [illegible] فيده ثم استحق العبد ورجع المشتري عليه فالقاضي يرجع
على الغرما لانه عامل لهم [illegible] بامر الغريم لا بامر القاضي فكذلك كذا ذكره قاضي خان
واذا احتال الوصي بمال اليتيم اي اذا صار الوصي محتالا له في قبض الدين الذي كان لليتيم على آخر وهو
ان يكون املا اي المحتال عليه املا ولو كان افلس لا يجوز ولو كان سوا لا يجوز كذا ذكره المحبوبي وفي
الذخيره اذا كانا سوا اختلف المشايخ فيه واشار في الكتاب الى انه لا يجوز وذكر المحبوبي ان كان الثاني
مثل الاول لا يجوز بخلاف بيعه مال اليتيم بمثل القيمه حيث يجوز والحواله لا تجوز لما ان البيع معاوضة
من كل وجه والوصي يملك الاعتياض بمال اليتيم اذا لم يكن فيه غبن فاحش فاما الحواله فليست بمعاوضه
من كل وجه حتى تجوز الحواله بالمسلم فيه وراس مال السلم ولو كانت مبادله من كل وجه كان استبدالا
بهما بالحواله وذلك لا يصح واذا لم يكن مبادله من كل وجه كانت بمنزله الهبه بشرط العوض والقاضي
لا يملك ذلك في مال اليتيم عند ابي حنيفه ومحمد اما عند ابي يوسف يملك الهبة بشرط العوض في
ماله فيجب ان يكون هذا على ذلك ايضا وفي جامع الاسبيجابي هذا اذا اثبت الدين بمداينه الميت فاما
لو ثبت بمداينه الوصي فانه يجوز قبول الحواله سوا كان الثاني مثل الاول او املا او افلس غير
انه ان كان املا جاز بالاتفاق وان لم يكن املا يجوز عند ابي حنيفه ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز
قوله على بعض الوجوه وهو ان يكون المحتال عليه معلسا ولكن القاضي لم يقض بافلاسه حيث
لا يتمكن الوصي من استيفايه لافلاسه والرجوع على المحيل لعدم القضا بافلاسه فكان ماله
بهذا الطريق **قوله** ولا يجوز بيع الوصي ولا شراوه الا بما يتغابن الناس وهو الغبن اليسير وقد مر
تفسير الغبن اليسير والفاحش في الوكالة وكذلك الاب لان الولايه نظريه قال تعالى ولا تقربوا مال
اليتيم الا بالتي هي احسن والنظر فيما لم يكن فيه غبن لكن اليسير يحتمل لان في اعتباره تعطيل مصالحه
لعدم امكان الاحتراز عنه هذا اذا باع الوصي مال اليتيم من اجنبي او اشترى له من اجنبي اما اذا

الشترى

اشترى الوصي من ماله لنفسه او باع ماله للصغير جاز عند ابي حنيفه وروايه عن ابي يوسف اذا
كان للصغير فيه منفعه ظاهره وتفسيره ان يبيع ما يساوي خمسه عشر بعشره او يشتري ما يساوي عشره
بخمسه عشر اما اذا لم يكن فيه منفعه ظاهره لا يجوز وعلى قول محمد واظهر الروايتين عن ابي يوسف لا
يجوز على كل [illegible] وبه قالت الايمه الثلاثه اما وصي القاضي لا يجوز [illegible] من نفسه في الاحوال كلها لانه
وكيل والوكيل بالبيع لو باع من نفسه لا يجوز بالاجماع بخلاف الاب لانه لو باع ماله [illegible] بمثل
القيمه او بغبن يسير يجوز لان الاب اوفر شفقه من الوصي فلا يقصر في امور ظاهرا هذا كله في المنقول
اما لو باع الصبي عقار الصغير او ضياعه من اجنبي بمثل القيمه يجوز هذا جواب السلف اما المتاخرون
قالوا انما يجوز باحد شروط ثلاثه بان يرغب المشتري في تضعيف القيمه او للصغير حاجة الى ثمنها او
على الميت دين ولا وفا له الا بها قال الصدر الشهيد وبه يفتى اما الاب لو باع عقار الصغير بمثل
القيمه فان كان الاب محمودا عند الناس او مستورا يجوز حتى لو بلغ الابن لم ينقض البيع وان كان فاسقا
لا يجوز حتى لو بلغ الصبي له ان ينقض البيع وهو المختار كذا في جامع المحبوبي وادب القاضي والذخيره
وعند الايمه الثلاثه تصرف الاب والجد والقاضي في مال الصغير بمثل القيمة اما تصرف الوصي
وامين القاضي لا ينفذ بدون منفعة ظاهره وقد مر شي من ذلك في باب الحجر **قوله** وعندهما لا
يملكونه اي عندهما بيعهم بالغبن الفاحش لا يجوز لان العقد [illegible] على فاحش بمنزلة الهبه ولهذا
لو وقع من المريض يعتبر من الثلث وهم ليسوا من اهله اي اهل [illegible] ابي حنيفه يجوز بيعهم بالغبن
الفاحش لما ذكر في المتن ولانه اذن لهما في التجارة والتاجر [illegible] اهله بالغبن الفاحش
لاستجلاب قلوب المجاهزين بخلاف الاب والوصي لانهما بصرفان [illegible] الاصح قيل هذه المسلة بنا
[illegible] مسلة الوكيل فان الوكيل بالبيع المطلق والمضارب والشريك [illegible] البيع بما عز وهان عنده
فهذا مثله وقيل مسله ا[illegible] قال ابو الليث حفظ هذه المسايل عند ابي حنيفه على ثلاثه اوجه في وجه لا
يجوز البيع والشرا الا بغبن يسير وهو البيع والشرا من الاب والجد والوصي والقاضي اذا باع مال اليتيم
او مال بيت المال وفي وجه يجوز البيع والشرا بغبن فاحش او يسير وهو الشرا والبيع من الماذون والمكاتب
وفي وجه يجوز البيع بغبن يسير وفاحش ولا يجوز الشرا الا بغبن يسير وهو البيع والشرا من الوكيل والمضارب
والشريك فلكل واحد من هولا البيع بغبن فاحش لا الشرا بغبن فاحش ثم قال وبه ناخذ **قوله** لان ذلك
احوط لانه لو كتب كتابا واحدا وجمع بين الوصيه والشرا ويشهد من الشهود من لم يحمل الشهادة على
الوصية فعند ادا الشهادة عسى يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور وكان الاحتياط ان يكتب كتاب
الوصية على حده يكتب في اول صك الوصية ويشهد على ذلك ثم يكتب في اخره صك الشرا ويشهد وكذلك
في الوكيل كذا في جامع قاضي خان **قوله** لما بينا وهو قوله لان ذلك احوط الى اخره **قوله** قيل لا باس
بذلك اي بجمع الوصية والشرا في كتاب واحد لان الوصاية لا تظهر عند الكل بالمشاهده والمعاينه وانما
تظهر بقول الناس ويقول الوصي اني وصي فلان فجاز ان يكتب على هذا الوجه كذا في جامع قاضي
خان **قوله** وبيع الوصي اي وصي الاب على الكبير الغايب جايز الى قوله لان الاب يلي ما سواه
اي سوى بيع العقار ولا يليه اي لا يلي العقار اما اذا كان الوارث صغيرا يملك بيع الكل كما ذكرنا
وهذا اذا لم يكن في التركه دين اما لو كان دينا محيطا بيع جميع التركه ولو لم يكن محيطا بيع بقدره وفيما
زاد على الدين اختلاف فعند ابي حنيفه يبيع وعندهما لا وقد بينا اختيار المتاخرين اما لو باع شيا
من التركه لتنفيذ الوصايا اجمعوا انه يبيع بقدر الوصية وفيما زاد اختلفوا على الوجه الذي اختلفوا
في قضا الدين وهذا اذا لم يقض الورثه الدين او لم ينفذوا الوصيه من خالص ملكهم فاما اذا قضوا

او نفذ والوسق للقاضي ولايه بيع التركه ولو كان الورثه غيبا ولم يكن في التركه دين ولا وصية فان
الوصي يبيع المنقول لا العقار لان بيع المنقول من جملة الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محصن
بنفسه حتى لو خيف هلاك بنا العقار اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يملك بيعه بالقياس على المنقول
وقال بعضهم لا يملك وهو الاصح لان الدار لا تهلك غالبا فيبنى الحكم عليه لا على النادر كذا في الذخيرة
قوله لانه لا يملكه اي بيع المنقول لا يملكه الاب قياسا فكذا وصيه واما قلنا كذلك لانه لو
على الطلاقه ثبت التناقض بين هذا وبين قوله والاب يلي ما سواه وفي المبسوط واستحسن ابو حنيفة رحمه
الله فقال لما ثبت له الولاية في بيع بعض التركه وهو نصيب الصغير ثبت في الكل لان الولايه بسبب
الوصاية وهي لا تحتمل التجزي وهذا لان في بيع البعض اضرارا ... الكبير جميعا لانه
نصيب الكبير والاستقصاء لا يشترى بما يشترى به الجمل فكان ... عليهم وللقاضي
ولايه في نصيب الكبير فيما يرجع الى توفير المنفعه عليه الا ترى انه يملك ... حال
غيبه الكبير لما فيه من المنفعة له **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد ... الاخ ... وفي جامع الاسبيجابي
لا خلاف في هذه المسئلة الا انه روى عن ابي يوسف ومحمد ولم يرو عن ابي حنيفة رحمهم الله ذكر هذا
قوله بمنزله وصي الاب يعني بيع المنقول دون العقار **قوله** وهذا الجواب في تركه ... ولا قيد به لان
وصيهم لا يملك على ... الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذلك سوا لان وصي
الام قائم مقام الام ... لا يملك بيع ما ورثه الصغير من المنقول والعقار المشغول
بالدين والخالي ... كان موروثا له من جهة امه ان كان خاليا عن الدين
بيع المنقول لا ... دل من الحفظ دون بيع العقار وان كان فيها الدين والوصية
فان كان مستغرقا بهما فله بيع ... العقار لقضا الدين وتنفيذ الوصيه يجوز لدخوله تحت ولايته
وعند الائمة الثلاثه لا يجوز في نصيب الكبير الغايب ولو لم يكن الدين مستغرقا يبيع بقدر الدين والزيادة
على الاختلاف الذي ذكرنا وكل جواب عرفته في وصي الام فهو الجواب في وصي الاخ والعم لانه
كما لا ولاية للام على الصغير في ماله فكذا لا ولايه للاخ والعم في مال الصغير ايضا وفي جامع الاسبيجابي
الاصل ان اضعف الوصيين في اقوى الحالين كاقوى الوصيين في اضعف الحالين فاضعف الوصيين
وصي الام والاخ والعم واقوى الحالين حال صغر الورثه واقوى الوصيين وصي الاب والجد واضعف
الحالين حال كبر الورثه فاضعف الوصيين في مال الصغير كاقوى الوصيين في مال الكبير الغايب لانه
يبيع العروض ولا يبيع العقار **قوله** وقال الشافعي الجد احق وهو قياس قول مالك واحمد حتى لا
يجوز ان يوصي وهناك جد من اهل النظر **قوله** فقد على وصيه اي وصي الاب كالاب لقيامه مقام
الاب و**قوله** لما مناه اشارة الى قوله ان بالايصا ينتقل ولايه الاب اليه الى اخره والله اعلم

فصل في الشهادة

اخر الشهادة لان الشهادة بعد معرفه الوصيه
ولما كانت الوصية بالشهادة امرا مختصا بالوصيه اخر ذكرها **قوله** لانهما يتهمان اذ يجران الى
انفسهما مغنما والشهادة ترد بالتهمه قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة لمتهم وقال شريح لا اجيز شهادة
خصم ولا مريب والمراد منه المتهم وتقدم في الشهادات ولا يعلم فيه خلاف **قوله** الا ان يدعيه
اي عقد الوصية المشهود فحينئذ تجوز الشهادة استحسانا وفي بعض النسخ الا ان يدعيها اي الوصية
قوله مونة التعيين عنه اي عن القاضي **فان قيل** لو كان ثبت وصيان فلا يحتاج القاضي
الى ان ينصب له وصيا اخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذا بالشهادة اذا تمكنت التهمة
فيه **قلنا** وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن لما شهدا لوصيان بذلك كان من زعمهما انه

لابد منه لنا في هذا الاب الثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصي وهناك تقبل الشهادة
فكذلك ههنا ذكره المحبوبي في جامعه وفي المبسوط لو شهد رجلان ان اباهما اوصى الى هذا
تقبل استحسانا ولو شهدا ان اباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه ما لكوفة لا تقبل سوا ادعى الوكيل
ذلك او جحده والفرق ان شهادتهما في الوصاية تقبل لخلوها عن التهمة فانهما لو سالا القاضي بان
يجعل هذا الرجل وصيا وهو راغب فيه اجابهما الى ذلك بخلاف الوكالة فانهما لو سالا القاضي
ان يوكل هذا الرجل عن ابيهما لم يفعل لانه ليس للقاضي ولايه في مال ابيهما **قوله** وكذلك
الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فشهادتهما باطلة **قوله** يجوز في الوجهين وهو ما لو شهدا
في مال الميت او في غيره ... لابي حنيفة اي الضمير للشان حيث لهما اي للوصيين هذه الشهادة ولا
حفظ اي يوجب ... ولايه حفظ مال الغايب وبيع منقوله عند غيبه الوارث وبتوهم
عود الولاية ... كانا متهمين بخلاف شهادتهما في غير التركه لان الميت اقامه مقام نفسه
في التركه لا في غيرها **قوله** ... قول ابي حنيفه ومحمد اي جواز شهادتهما في الدين وعدم جواز
شهادتهما في الوصية قولهما وقال ابو يوسف لا يقبل في الدين ايضا كما لا يقبل في الوصيه بالف وقيد بعدم
جواز شهادة كل فريق للاخر في الوصية في الالف المرسله احترازا عما لو شهد ... فريق لاخر في الوصيه
بعين على حده فانها تقبل وهو كما ذكر في الكتاب بعد هذا بقوله ... الرجلين بجاريته
الى اخره **قوله** فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف ... قول محمد اي تجوز شهادة
كل فريق في حق الدين ولا تجوز في الوصيه ولما خص ... قول ابي حنيفه ومحمد
لتقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول ابي حنيفة فصار عن ... روايتان وعن ابي يوسف
كذلك وعن محمد روايه واحده **قوله** فلا شركة في ذلك ... باعتبار الشركه فصار كما
في حال حياته والاستيفاء من ثمراته فوقعت الشهادة لغير الشاهد فتقبل ولهذا لو تبرع اجنبي
بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر فيه وهذا بخلاف الوصيه لان الحق بالوصيه لا يثبت في الذمة
وانما يثبت في العين فصار مشتركا بينهم فاورث تهمة **قوله** ان الدين يتعلق بالتركه ولهذا لا
يثبت الملك للوارث اذا كان الدين محيطا بها فكانت شهادة كل فريق ملاقية محلا مشتركا فصار
نظير مسئله الوصية بالثلث اليه اشار في المبسوط وفي شرح الجامع وفي ادب القاضي للصدر
الشهيد شهادة كل فريق لاخر في الدين باطله هكذا ذكر هنا وذكر محمد في الجامع الصغير والجامع
الكبير ان الشهادة جايزة وروى صاحب الكتاب روايه ثالثه عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم
ان جاوا جميعا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان
بعد ذلك على الميت بالف درهم فشهد لهما الغريمان الاولان فشهادتهما جايزه فصار في المسئلة
ثلاث روايات وذكر وجه روايه الجامعين جايزة كما ذكرنا وزاد شيئا وقال الشهادة انما قامت على
الميت بالدين والدين يجب في ذمة الميت ثم يتحول الى تركة الميت لا يتحول القرار فان الوارث لو اراد
ان يقضي الدين من ماله ويستخلص التركه لنفسه له ذلك فيصير كانهم شهدوا عليه في حياته ووجه
روايه الحسن انهم اذا جاوا معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فيتفاحش التهمة **قوله** مبقيه للشركة
اي في المشهود به اذ الثلث محل الوصيه فيكون مشتركا بينهم

فروع

ولو بلغ
الصبي واختلف مع الوصي في قدر النفقه عليه فالقول للوصي بلا حلاف ولو اختلفا في مدة النفقه
فالقول للوصي وبه قال الشافعي في احد الوجهين كما في قدر النفقه والوجه الثاني عنه ان القول قول
الصبي وعليه اكثر اصحابه ولو اختلفا في دفع المال الى الصبي فالقول للوصي بلا يمينه وبه قال الشافعي

النفقه

فى وجه وقال فى وجه القول للصبى اما لو احلف الاب او الجد مع الصبى فى قدر
فالقول للاب والجد مع يمينهما بلا خلاف لاحد ولو قال الوصى بعد بلوغ الصبى ابو عبدك فرفعت
جعله او خراج ارضك فالقول للوصى مع اليمين لانه امين وهذا من جواهر وقال محمد لا يصدق
بلا بينه لانه قد يكون وقد لا يكون ولا تصدق الا بينة كما لو قال انفقت على محارمك او ادت ضمان
غصبك او جنايتك او جناية عبدك ولو قال اسرت العبد الذى فى يد زيد ودفعت ثمنه لم
يصدق على ذى اليد لانه يدعى فى حقه ويصدق فى حق الوارث لانه منكر للضمان ثم فى كل موضع
كان القول له فعليه اليمين ولو ادب الاب او الوصى الطفل بالضرب فمات منه ضمن عند
ابى حنيفه رحمه الله كما لو ضرب المعلم الصبى او العبد بغير اذن الاب والمولى وكما لو ضرب
الزوج زوجته للتاديب وعندهما لا يضمن لان له ولاية التاديب وذا لا يحصل الا به فصار
كما لو ضرب المعلم للتعليم باذن الاب قلنا التاديب يحصل بالزجر والتعريك فلا ضرورة فى
فى الضرب

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة فى المباك شرع فى بيان احكام من له آلتان وقد قدم ذكر الواحد لتقدمه على
الاثنين ولانه اعم واغلب واهم وهذا كالنادر

فصل فى بيانه

اعلم انه تعالى خلق بنى آدم [illegible] اناثا كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال
تعالى يهب لمن يشاء [illegible] لاية وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم
من هو ذكر وانثى [illegible] شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما تضاد وقد
جعل علامة التمييز [illegible] لاشتباه بان يوجد آلتان ولا يوجد التمييز كذا فى
المبسوط ثم محاسن [illegible] فى البيان وان ندر وجوده ومنها العدل والانصاف
وذكر ما يليق بحاله ومنها النظر فيما يضر وينفع وفى المغرب تركيب الخنث يدل على لين وتكسر
ومنه المخنث وخنث فى كلامه والخنثى من له آلة الرجال والنساء والجمع خناثى بالفتح كحبلى وحبالى
قوله اذا كان للمولود فرج وذكر اراد بالفرج هنا الحر وهو قبل المراة والا الفرج يطلق
على قبل المراة والرجل باتفاق اهل اللغه كذا فى المغرب قال ابن المنذر اجمع اهل العلم
على الخنثى يورث من حيث يبول روى الكلبى عن ابى صالح عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم سئل
عن مولود له قبل وذكر من اين يورث قال من حيث يبول وعن على مثله وهكذا كان الحكم فى
الجاهليه فقرره الشرع وان بال منهما فمن اول ما يبول لما روى انه صلى الله عليه وسلم اتى بخنثى
من الانصار فقال ورثوه من اول ما يبول منه وفى المبسوط الترجيح بالسبق عند المعارضة
والمساواه اصل فى الشرع وفى النهايه الترجيح بالسبق فى المجتهدات لا فى المسموعات اذ فى المسموعات
المعمول هو الثانى لانه ناسخ دون الاول لانه منسوخ وان كانا فى السبق سوا فلا ترجيح بالكثرة
عند ابى حنيفه واصحاب الشافعى واحمد فى الوجهين وكان خنثى مشكلا فقال ابو حنيفة رحمه الله
لا ادرى وقال المزنى يعتبر الكثره كقولهما وعن بعض اصحابه سئل عن من يميل اليه طبعه فيقضى
بذلك وعند ابى يوسف ومحمد ينسب الى اكثرهما بولا وبه قال احمد والشافعى فى وجه والاوزاعى
لان الترجيح عند المعارضة بالقوه وذلك يكون بالكثرة كما يكون بالسبق ولا مزاحمة بين القليل والكثير
كما لا مزاحمة بين السابق واللاحق والظاهر ان المبال هو الذى يخرج منه الاكثر والحكم للمبال وقال
ابو حنيفه كثرة البول تدل على سعة المخرج ولا معتبر بذلك فمخرج بول النساء اوسع من مخرج بول
الرجال اولان الكثرة والقلة تظهر فى البول اوانه الفصل المبال دون البول ولان نفس

الخروج دليل بنفسه فالكثره من جنسه فلا يقع الترجيح بالكثره ولما اخبر ابو يوسف ابا حنيفه بجواب
فقال ابو حنيفه له هل رايت قاضيا يكيل البول بالاوانى وتوقف ابو حنيفه فى الجواب وقال
لا ادرى وهذا من علامة فقه الرجل وورعه وعدم حيطه فى الجواب فانه اشد عليه طريق التمييز بالدليل
المعقول والمسموع فتوقف كما قالوا اجمعا عند استوا الكثرة لا علم لنا بذلك وسئل ابن عمر عن مسئلة فقال
لا ادرى كذا فى المبسوط والاسرار وان استويا فى الكثرة فانه مشكل عند الجمهور لانه لا مرجح وحكى
عن على والحسن انهما قالا يعد اضلاعه فان اضلاع المراة اكثر من اضلاع الرجل وقال جابر بن زيد توقف
الى جانب حايط فان بال عليه فهو رجل وان سلسل بين فخذيه فهو امراه وليس كلا القولين بصحيح لانه
لانه لما اشكل حاله ولما احتيج الى مراعاة المبال والاسبق كما روينا **قوله** واذا بلغ الخنثى الى اخره
يعنى هذا الذى قلنا اذا دام صغيرا فاذا بلغ وظهرت احدى العلامات فلا اشكال وفى الذخيرة
الاشكال قبل البلوغ وبعد البلوغ يزول الاشكال لان بعد البلوغ لابد من امارة تظهر به يعلم بها
انه رجل او امراة فلو بلغ وجامع بذكره فهو رجل وان لم يجامع ولكن خرجت لحيته فهو رجل وكذا اذا احتلم
كما يحتلم الرجال الى اخر ما ذكر فى الكتاب ولو كان شخص لا مبال له بل له مخرج واحد فيما بين المخرجين منه
يبول ويتغوط او لا مخرج له لا قبل له ولا دبر وانما يتقيأ ما ياكله ويشربه وحكى فى بعض البلاد عن هذا
فهو فى الخنثى المشكل كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى وفى المحيط [illegible] قال ابو حنيفه وابو يوسف ما
ادرى ما اقول فى هذا

فصل

[illegible] ذكر الخنثى شرع فى بيان
احكام الخنثى المشكل لا يحتاج الى معرفه احكام الخنثى [illegible] يلحق بما عرف **قوله**
الاصل فى الخنثى المشكل ولم يقل المشكله لما ان الذكير [illegible] خلقت من ضلع آدم
لكن هذا فى اللفظ اما فى احكام الشرع يوخذ بالاوثق [illegible] قام فى صف النساء فاحب
الى ان يعيد صلاته ولما لم يقل اوجب مع ان فيها جهه الفساد وفى العادات جهه الفساد راجحة لما ان
الاداء المسقط معلوم والمفسد هو المحاذات موهوم اذ هو مراد فساد الصلاة لجهه المحاذات يختلف فيه وفى كونه
رجلا ايضا فصار هذا بمنزله شبهة الشبهه فلذلك قال احب اليه اشار فى المبسوط وفى الذخيرة هذا اذا كان
مراهقا فاما لو كان بالغا يجب الاعاده لترجح جهه الفساد **قوله** ويعيد الذى عن يمينه ويساره الى قوله
احتياطا لاحتمال انه امراه وفى النهاية على ما ذكر فى الذخيره ينبغى ان يكون الاعادة فى حق من عن يمينه
ويساره واجبة لانه ان كان انثى يفسد صلاه الرجل بمحاذاته سواء كانت بالغة او مراهقة بعد ان كانت
عاقلة مشتهاة على ما ذكر فى مسئلة المحاذاة ولكن ذكر فى المبسوط اعادتهما مستحبه لما بينا ان محاذاه المراة
الرجل فى حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فتستحب الاعادة وقيل وجدت الصلاة باركانها وقد
وقع الشك فى فسادها فلا تفسد بالشك ولا تعتبر ذلك الذى ذكر لان شرط تقدم الرجل على المراه
ليس بقوى وكان الظاهر هو الجواز **قوله** احب الينا ان يصلى بقناع وفى الذخيره هذا اذا كان غير
بالغ اما لو بلغت بالسن وبقى الاشكال لا تجزيه صلاته بغير قناع اذا كان الخنثى حرا لان الصلاة متى
فسدت من وجه وجازت من وجه يحكم بالفساد احتياطا وهذا قياس قول الائمة الثلاثة **قوله**
وهو الاستحباب وان لم يعد اجزاه هذا محمول على قبل البلوغ فاما بعد البلوغ يجب الاعادة على ما
ذكرنا من روايه الذخيره وذكر فى المبسوط ايضا **قوله** ويبتاع له امة تختنه وفى بعض النسخ تختته
والاول اصح لان الاختتان لازم ذكره فى المصادر والمغرب يقال ختنت الصبى ختنا واختتن هو اى ختن
او ختن نفسه **قوله** لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة قيل هذا التعليل يصح فى حق الرجل
اما لا يصح فى حق المراه لان للامة لا يباح النظر الى مواضع العوره من سيدها مطلقا فقد ذكر فى المبسوط

ان للامة النظر الى مولاتها كما للاجنبيات فعلم انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدته بل الاولى في التعليل ما ذكر في المبسوط والذخيرة بقوله وان كان الخنثى انثى فيكون نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر قال شيخ الاسلام لا يجوز لوليه ان يتزوج له امراة بمهر يسير حتى تختنه لان النكاح موقوف الى ان يستبين انه رجل لما انه مشكل والنكاح الموقوف لا يقبل الاباحة قال الحلواني واما لم يتقبل تزوج له امراة بما له لانا لا نتيقن بصحة نكاحه ما يتبين امره ولكن لو فعل مع هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امراة فهو نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقال بعض المشايخ انما لم يقل محمد ذلك لان تلك المراة تبقى معلقة اذا لم تصل اليها فانه لا يمكن التفريق بينهما لانه صبي ولا يصل الى حقها في الجماع بل يؤجل كذا في الذخيرة **قوله** ويكره له في حياته في النهاية ليس في قيد الحياة زيادة فايدة لما ان بعد الموت كذلك مع ان بعد موته الباس لا لبس والكراهة بعد للملبس لا للميت لكن اسم المصنف في ذلك لفظ المبسوط فانه ذكر في المبسوط هكذا ولكن ذكر في المبسوط بعد ذكر تكفين الخنثى هذه المسئلة وكان ذكرها في المبسوط لتبيين المقابلة لا للتقييد **قوله** توقيا عن احتمال المحرم اي ارتكابه قال صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وذلك لبس الحرير لا ريبه ولبسه ريبه لانه عليه الصلاة والسلام شرط لحل اللبس الا نوثة بقوله حل لاناثهم وهذا الشرط غير معلوم في الخنثى فتردد بين الحظر والاباحة **قوله** الخنثى من لبسه وهو رجل لان لبس المخيط للرجل في احرامه جايز عند العذر واستيا المراة من ابلغ الاعذار وليس المخيط اقرب الى الستر وترك الستر للمراة لا يجوز في حال الاحرام **قوله** لانه لم يبلغ فلا يكون جنايه ولو كان بالغا مشكلا لا يثبت الجنايه بالشك كما لا يثبت الحنث بالشك **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لا يثبت الحنث بالشك **قوله** دعوى خلاف قضية الدليل لان الدليل يقتضي ان يسمى مشكلا وكان هو مجازفا في قوله انا امراة لانه لا يعرف من نفسه اذا كان مشكلا الا ما يعرفه الناس فلو قبل دعواه لا يكون مشكلا وكان منافيا لقضية الدليل كذا في الذخيرة والمبسوط **قوله** ينبغي ان يقبل قوله وانما ذكر بلفظ ينبغي لانه لم يذكر هذه المسئله في المبسوط حكم سقى لهذا الحكم وفي الذخيرة لو قال انا ذكر او انثى يقبل قوله لانه امين في حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال كما في المعتدة لو قالت انقضت عدتي وانكر الزوج فالقول لها ما لم يعرف خلاف قولها بان قالت ذلك في مدة لا تنقضي الا بعض فيها وما لم يعرف كونه مشكلا لم يعرف خلاف ما قال فيصدق فيما قال اما لو ثبت كونه مشكلا فقد عرف خلاف ما قال ويكون مجازفا كما بينا **قوله** فيوقى في احتمال الحرمة اذ بالموت لا ينكشف هذه الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح النظر للجنس عند الغسل للضرورة والمراهق كالبالغ في وجوب ستره فاذا كان مشكلا لم يوجد له جنس او لا يعرف له جنس فيتعذر غسله فيتيمم بالصعيد كما لو ماتت امراة بين الرجال ولا امراة معهم او مات الرجل بين النسا ولا رجل معهن ثم ان كان الميمم اجنبيا تيممها مع الخرقة وان كان محرما بغير الخرقة كما في الرجل بين النسا والمراة بين الرجال ولا تشترى جارية له للغسل كما تشترى للختان لان شرا الجارية للخنثى بعد موته للغسل لا يفيد اباحة الغسل لانه لا يملكها ولهذا لو كان للخنثى جارية مملوكة يزول ملكه عنها بعد موته ولا سعى على ماله لحاجة الغسل لان البقا اسهل من الابتدا فاذا كان كذلك لا يفيد الشرا خلاف ما لو كان حيا لانه يملكها وفي بعض الفتاوى يجعل الخنثى المشكل في كواره في الما **قوله** فالتسجية لا تضره لانه لا باس بتسجية قبر الرجل عند العذر كالحر والبرد الشديد والمطر فاستتباه حاله في العذر ابلغ من ذلك كذا في المبسوط والذخيرة **قوله** ولا يحضره اي الخنثى المشكل غسل رجل ولا امراة يعني لا يغسلها لما ذكر في المتن **قوله** جعل الخنثى خلف الرجل اي موضع الرجل مما

يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المراة لان جهة القبلة اشرف فيكون الرجل بالقرب منه اولى وقد جا في الحديث انه عليه الصلاة والسلام امر بعد يوم احد الاكثرهم اخذا للقران الى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وكذا لو دفن رجلان في قبر واحد فلا باس بذلك لما روي انه عليه الصلاة والسلام امر يوم احد ان يدفن جماعة من الشهدا في قبر واحد وان يجعل بين كل واحد حاجز من التراب كذا في المبسوط **قوله** وان جعل على السرير نعش المراة وقد مر تفسير النعش في الصلاة وفي الذخيرة وان حمل الخنثى مقلوبا فهو احب الي ومعنى المقلوب انه اذا كان للجنازة قوايم تقلب وتجعل القوايم التي اسفل الجنازة اعلاها ثم يحمل عليه لانه لا بد وان يلقى عليه ثوب فاذا حملنا الجنازة مقلوبة يلقى الثوب على القوايم فيكون استر له مما اذا حمل على ظاهر الجنازة وان لم يكن لها قوايم وضع على ظاهر الجنازة ووضع عليه النعش فيكون استر له وان كانت امراة فهو السنة وان كان رجلا فالنعش لا يضره وكان اولى الوجهين ما ذكرنا ولو دخل قبره ذو رحم محرم منه ليضعه فهو احب لانه ان كان انثى فدخول الاجنبي مكروه دون المحرم وان كان ذكرا لا يضره دخول المحرم فالاحتياط فيما قلنا **قوله** ولا باس بذلك اي بازدياد عدد الكفن في حق الرجل اذ الكفن معتبر بحال الحياة وعدد الثياب في الحياة لا يكره الزيادة على الثلاث فكذا بعد الممات اما اذا كان انثى ففي الاقتصار على الثلاث ترك السنة اذ السنة فيها خمسة اثواب فكان الاحوط ما ذكرنا كذا في الذخيرة **قوله** ولو مات ابوه الى قوله الا ان يتبين غير ذلك ذكر في عامة كتب اصحابنا ان للخنثى المشكل اقل النصيبين يعني اسوأ الحالين عند ابي حنيفة ومحمد وابو يوسف اولا وعليه الفتوى وهو قول [illegible] الصحابة وقال ابو يوسف اخرا [illegible] ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول [illegible] ابن ابي ليلى والثوري واللؤلؤي وشريك والحسن ابن صالح واهل المدينة واهل مكة وابن عباس [illegible] الشافعي وابو ثور وداود بن جرير يعطى له اليقين وهو ميراث انثى ويوقف الباقي الى ان يتبين الامر او يصطلحوا وفيه اقوال شاذة سوى ما ذكرنا للشافعي كونه انثى متيقن فيعتبر ذلك وفي الزيادة شك فيوقف الامر ولابي يوسف واحمد انه في حال كونه ذكرا ياخذ نصيبه وفي حال كونه انثى ياخذ نصف نصيبه فيعطى له نصف نصيب ذكر ويعطى له نصف نصيب انثى لان حالتيه على السوا وما ذكر ابن قدامة الحنبلي انه قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكرا فحل محل الاجماع غير صحيح لانه ثبت بالنقل الصحيح ان عامة الصحابة يقولون بقول ابي حنيفة وفي النهاية ما ذكر في الكتاب من الحاق قول محمد مع ابي يوسف مخالف لعامة روايات كتب اصحابنا من المبسوط والذخيرة والتتمة وشروح الفرايض حيث ذكر فيها محمدا مع ابي حنيفة ولو قيل في عامة الكتب دليل على انه [illegible] ابي يوسف لانهما يفسران قول الشعبي لان ذلك قوله وبه صرح في المبسوط وهو مسطور في عامة الكتب بعد ما اتفقا على قول الشعبي واختلفا في تخريجه قلنا تفسيره راجع الى ما عمل قول ابي يوسف وقياس قول الشعبي لان ذلك قوله وبه صرح في المبسوط فقال فسر محمد رحمه الله قول الشعبي بهذا فلم ياخذ به **قوله** ولمحمد الى اخره اعترض صاحب الصحايف في فرايضه على قول محمد فقال نصيب الابن اذا سبعة من اثني عشر كان نصيب البنت ثلاثة ونصفا والمجموع عشرة ونصف ونصفه خمسة وربع لا خمسة مجردة قال شيخي العلامة رحمه الله في جوابه المراد من النصيبين نصيب الخنثى على تقدير ذكوريته وانوثته لا ما نصيب الابن من النصيب المغير عن اصله اذ نصيب من اثني عشر ثمانية لا سبعة وهذا لا يشكل على عاقل فافهم ثم ذكر قول محمد اولا مع تاخير تعليله يدل على ان المختار عند المصنف قول محمد قيل ما قاله ابو يوسف انفع للخنثى والطريق الواضح فيه ان يضرب السبعة في الاثني عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شي من السبعة في الاثني عشر وحصة الخنثى

ثلاثة من سبعة فاضربه في اثني عشر فيكون سته وثلاثين واضرب حصة من كان له شي من الاثني عشر في السبعة وللخنثى خمسة فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين سهما كذا قرره مولانا حميد الدين رحمه الله **قوله** اي الباقي اقل النصيبين فيهما اي في المسلتين فلو ماتت امراة وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شي للخنثى لان اسوا حاله ان يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا لا يصيبه شي ولو جعل انثى كان له السدس وتعول المسله فجعل ذكرا وفي المغني لابن قدامه الحنبلي في مقتضى قول الشعبي ان يجعل للاخ الخنثى نصف ما يرثه في حال ارثه وهو نصف سهم فيضم الى سهام الباقين وهو سته ثم تبسطها انصافا ليزول الكسر فيصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت بنصفين كذا اعلمه ابو الخطاب وفيه ولو خلف خنثيين فصاعدا نزلتهم بعدد احوالهم في احد الوجهين فيجعل للاثنين اربعة احوال وللثلاثة ثمانيه وللاربعه سته عشر وللخمسه اثنين وثلثين ثم يجمع ما لهم في الاحوال كلها فتقسمه على عدد احوالهم فما خرج بالقسمه فهو لهم ان كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد احوالهم في الاحوال كلها فالخارج بالقسمه هو نصيبه وهذا قول ابن ابي ليلى ومحمد بن الحسن على قياس قول الشعبي وفي وجه اخر انهم ينزلون حالين مرة ذكورا ومرة اناثا كما يصنع في الواحد وهذا قول ابي يوسف وهذا اصح بيانه ترك ولدا خنثى وولد اخ خنثى وعم ان كانا ذكرين فالمال للولد وان كانا انثيين فللولد النصف والباقي للعم فهي من اربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثه ارباع المال وللعم ربعه ومن نزلهم احوالا زاد حالين اخريين وهو ان يكون الولد وحده ذكرا او يكون ولد الاخ وحده ذكرا فتكون المسله من ثمانيه للولد المال في حالين والنصف في حالين وله ربع ذلك وهو ثلاثه ارباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن وللعم مثل ذلك وهذا اعدل وذكر في المبسوط والذخيره مسايل للخنثى لم يذكرها صاحب الكتاب منها انه لو قتله رجل بسهم ولم يدرج امه حتى يستبين امره ومنها لو وجد ابوه رجلا وامراة فهو موقوف الى نوعه حتى يستبين امره ومنها لو زوج من خنثى مشكل اخر فالنكاح موقوف حتى يستبين امرهما ومنها انه لا يحد قاذفه ولو قذفه قبل البلوغ لانه غير محصن وبعده ايضا اذا كان مشكلا لانه ان كان رجلا فهو بمنزلة المجبوب فلا يمكنه ان يجامع فلا يتحقق الزنا في حقه وان كانت امراة فهو بمنزلة الرتقا ولا حد في قذف الرتقا وقد مر في حد القذف ومنها لو قطع رجلين او امراة فلا قصاص على القاطع حتى يستبين امره لان حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكوره والانوثه حتى لا يجري القصاص في الاطراف بين الرجال والنسا بخلاف القصاص في النفس فانه لا يختلف بالذكوره والانوثه عندنا خلافا للايمه الثلاثه فيقتص قاتله سوا كان ذكرا او انثى عندنا وكذا لو قطع هذا الخنثى يد رجل او امراة لا يقطع يده او قتله لم يكن عليه قصاص ولكن الدية على عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطاوه سوا ومنها انه لا يرث بولا العتاقه ما لم يستبن امره ومنها انه لو اوصى رجل لما في بطن امراة بالف ان كان غلاما وبخمسمايه ان كان جارية فولدت خنثى يوقف الخمسمايه الفاضله حتى يستبين امره وفي قياس قول الشعبي ينبغي ان يكون سبعمايه وخمسون لانه يجعل للخنثى نصف نصيب ذكر ونصف نصيب انثى في الميراث فكذا في الوصية لانها اخت الميراث وفي الذخيرة لا يجوز شهادته قبل البلوغ وبعده لو لم يستبن امره يعتبر امره في حق الشهادة حتى يتبين انه ذكر لان هذا القدر من شهادته متيقن والزيادة مشكوك فيها والله اعلم

مسايل شتى

اي متفرقة من كل باب يقال شتى وشتان قال تعالى

وقلوبهم شتى اي متفرقه واراد مسايل شتى في اخر الكتب من ادب المصنفين خصوصا اذا انتهت الهداية نهايتها **قوله** فقيل له انشهد الى اخره يعني اشار اولا بالوصية وكتبوا باشارته ثم قري عليه وقالوا انشهد عليك بما في الكتاب فاشار براسه اي نعم وسب له اي نعم فاذا جا ذلك من الايما والكتابة والخط وذلك اربعه هذان والخط والعقد واراد بالخط النقد وبالعقد عقد الاصابع على رسم المهندسين فاذا وجد احدى هذه العلامات فهو اقرار بحكم بجواز وصيته فهو اي وصيته جايز على تاويل الايصا ولا نعلم فيه خلاف وفي فتاوي قاضي خان ولو وجب يمين على الاخرس فانه يحلف وصوره تحليفه ان يقول له القاضي عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا فاذا اومى براسه نعم يصير حالفا ولا يقول بالله ان كان كذا لانه لو اشار براسه بنعم في هذا الوجه يصير مقرا بالله ولا يكون حالفا **قوله** في الذي يعتقل لسانه بضم اليا وفتح القاف على بنا المفعول كذا ذكره في المغرب وقال واعتقل لسانه اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر فلم يجز ذلك منه اي الاشارة وبه قال احمد والثوري والاوزاعي لان نطقه غير مايوس فلم يصح اشارته كالقادر وقال الشافعي وابن المنذر يصح وصيته بالاشاره والكتابه كما في الاخرس لان علة الجواز العجز وهو يشملهما واحتج ابن المنذر بانه صلى الله عليه وسلم صلى وهو قاعد فاشار اليهم فقعدوا رواه البخاري ولنا الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهوده وذلك في الاخرس والحديث لا يلزمنا فانه عليه الصلاه والسلم كان قادرا على الكلام ولا خلاف في ان اشارة القادر لا يصح بها وصيته واقراره وفارق الاخرس لانه مايوس من نطقه **قوله** الى ان تمتد ذلك اي الاعتقال قال التمرتاشي حده سنة وذكر الحاكم عن ابي حنيفة انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشاره ويجوز الاشهاد عليه لان عجزه عن النطق معنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى كذا ذكره المحبوبي **قوله** فلا يقاسان اي لا يقبلان القياس كالصغيره والايسه ح الممتد الطهر والمرتفعة الحيض فانه لا يجوز لهما ان يعتدا بالشهور بخلاف الصغيره والايسه لان امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال دون الصغر والاياس **قوله** وفي الابل يعني خصت الابل بالنص على خلاف القياس وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين ند بعير من ابل الصدقه فرماه رجل بسهم وسمى فقتله ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه رواه رافع بن خديج كذا في المبسوط **قوله** ولا يحد اي الاخرس اذا كان قاذفا ولا يحد له اذا كان مقذوفا **قوله** وهو اي العجز في حق الاخرس اظهر من العجز في حق الغايب والاحتمال لوهم ارتفاعه في حق الغايب ظاهر الى ان يحضر الغايب وفي الاخرس لا يرجى زواله غالبا فلما قبل الكتاب في حق الغايب مع رجا الحضور لان يقبل في حق الاخرس مع ياس زوال الخرس اولى **قوله** مرسوم اي معنون بالعنوان والعنوان ان يكتب في صدره من فلان الى فلان **قوله** ويسوى به اي بطلت منه الكتابه بانه كان صحيحا بين بيته باللسان وان كان اخرس بين بيته بكتابه كذا في المبسوط بمنزله صريح الكتابة وهو كقوله انت باين اي بمنزله كنايه قوليه اما الكتابه فليست بصريحة في الكنايه لانها فعل والكتابة الحقيقية تكون في القول وذكر التمرتاشي كتب مستبينا ولكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على التراب او على الكاغد لا على وجه الرسم كان لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا فلا يكون حجة الا بالنيه والبيان وفي الشافي وكذا الصحيح لو كتب كتاب الطلاق او غيره او ذكر الحق على نفسه فهو على تلك الوجوه فان كان مستبينا مرسوما فهو كالخطاب حتى لو جحد يسع لمن شهد كتابته ان يشهد اذا عرف ما في الكتاب ولو كان غير مستبين لم اقرارا وان اشهد وقال كتبت كذا فاشهد واني كتبت ذلك ولو كان مستبينا غير مرسوم ان اشهد عليه كان اقرارا لان الكتابة قد تكون للتجربه وقد تكون للتحقيق وبالاشهاد يقع البيان ولو كتب ذكر حق عند قوم وهم يعرفون ما كتب ثم قال لهم اشهدوا علي بما فيه يصح

الاشهاد وكذا لو املاه على غيره حتى كتب وهم يعرفون ما ذا يمكن من اشهدهم ولو كتب عندهم وهم يعرفون ولم يقل لهم اشهدوا اهل يكون ذلك اقرارا ذكر ابو اليسر قيل لا يكون وقيل يكون لان الظاهر يدل على ان المال عليه والاحكام تبنى على الظاهر ولا يختص بلفظ دون لفظ اى كما ثبت بالعربى ثبت بالفارسى وغيره وقد ثبت بدون اللفظ اى بفعل يدل على القول كالتعاطى فكذا يجب ان يثبت باشارة الاخرس للضرورة والغالب فى القصاص حق العبد كما عرف فيثبت باشارته ايضا

قوله ولا حاجة الى الحدود اى لا حاجة الى التوسعة فى الحدود لان حق الله تعالى يسقط بالشبهة ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة له ولا يحد ايضا بالاشارة لعدم القذف صريحا وهو الشرط لما مر فى الحدود **قوله** الا يرى انه الضمير للشان شهدوا بالوطى الحرام او اقر بالوطى الحرام لا يحد وان كان مطلق الحرمة ينصرف الى الزنا لاحتمال انه وطى امراته فى حالة الحيض او امته المجوسية وهذا قالوا لا يحد حد القذف بقوله يا حرامزاده ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر به يجب القصاص وان لم يوجد التصريح بالعمد لانه اى القصاص شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير الاعواض التى هى حق العبد وان شرع زاجرا ايضا قال تعالى ولكم فى القصاص حياة **قوله** ويحتمل ان يكون الجواب ههنا اى فى الاخرس كذلك اى لان حجة فيكون فيهما اى فى الاخرس والغائب غير الاخرس روايتان

قوله لانه اى الاشارة على تاويل فعل الاشارة او المذكور حجة ضرورية ولا ضرورة مع وجود الكتابة لانه اى محمد رحمه الله جمع بينهما فى الكتابة بينهما بقوله يكتب كما يومى ايماء وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الاشارة ان فضل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا بحيث يفهم المقصود منها بلا شبهة خلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفى الاشارة زيادة اثر لم يوجد فى الكتابة لما انه اى الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة يحصل باثار الاقلام وهى منفصلة عن المتكلم اما العلم الحاصل بالاشارة باليد او الراس حاصل بما هو متصل بالمتكلم فكان المتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل منه فكان اولى بالاعتبار ولان الاشارة تقع معتبرة مع القدرة على البيان من كل وجه الا ترى ان افصح العرب النبى صلى الله عليه وسلم كيف اعتبر الاشارة فى قوله الشهر هكذا وهكذا ولان وجود من البدء فى الجملة كما فى القيمة تشهد عليهم ايديهم وقال صلى الله عليه وسلم اعدوا بالانامل فانها مسؤلات مستنطقات يوم القيامة **قوله** وكذلك الذى صمت وفى بعض النسخ صمت والمصمت هو الله تعالى عطف على قوله ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه

قوله يتحرى فيها واكل قيل هذا اذا لم يكن فيها علامة لا علامة كونها مذبوحة ولا علامة كونها غير مذبوحة فاذا كان فيها علامة يوجد بالعلامة وترك التحرى **قوله** او نصفين لم يوكل اى بالتحرى بخلاف الثياب النجسة فانه يتحرى فيها وان كان الطاهر والنجس نصفين عندنا وبه قال الشافعى وفى الاوانى النجسة لا يتحرى الا اذا كانت الغلبة للطاهر وقال الشافعى يتحرى فى المنصوص وفى الغلبة وقال احمد والمزنى وابو ثور لا يتحرى فى الاوانى لعدم الضرورة فى التحرى ويتيمم ويصلى واختلف الرواية عن احمد فى وجوب اراقة ما الاوانى قبل التيمم وقال ابن الماجشون المالكى لا يتحرى ولكنه يتوضى باحدهما وصلى ثم يتوضا بالاخر ويعيد الصلاة التى صلاها وقال محمد بن مسلمة المالكى يتوضا باحدهما ويصلى ثم يغسل ما اصابه من الماء الاول ويتوضا بالاخر ويعيد الصلاة وقال غيرهما من اصحاب مالك مثل قول الشافعى والفرق لنا بين المذبوحة والاوانى وبين الثياب ان حكم الثياب احف من غيرها فان الثياب لو كانت نجسة كلها له ان يصلى فى بعضها ولا يعيد صلاته لانه مضطر فيها بخلاف المسالخ والاوانى لانه لا ضرورة فيها فان التيمم طهور له عند العجز عن الماء حتى لو تحققت الضرورة

فى الشرب عند العطش جاز له ان يتحرى للشرب كما فى الاكل لان له عند الضرورة اكل الميتة وشرب الماء النجس فلان يجوز له التحرى اولى كذا فى جامع المحبوبى والمبسوط **قوله** وقال الشافعى لا يجوز له الاكل الى اخره وبه قال مالك واحمد ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة اى تقوم مقامها فى اثبات الاباحة لانا نعلم ان اسواق المسلمين لا تخلو عن الحرام ومع هذا جاز التناول بالشراء وغيره باعتبار الغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه والامتناع منه فصار عفوا والله سبحانه وتعالى اعلم

هذا اخر ما انتهيت اليه من تاليف

عصمة الدراية فى شرح الهداية فى الحادى والعشرين من المحرم سنة خمس واربعين وسبعمايه بتوفيق الله تعالى العزيز الغفور الموفق واعانته وارجو ممن يطالعه وينظر فيه ان لا ينسى مؤلفه من دعاء الختم بالسعادة

ثم ان صاحب الهداية رحمه الله

لما لم يورد كتاب الفرائض مع ان صاحب القدورى اورده فيه اردت ان اذكر كتاب الفرائض فى اخر المعراج واببين مواضع الخلاف وجهات التمسك والجواب عنه لتكون كالشرح لفرايض القدورى وغيره وهذا

كتاب الفرائض

بسم الله الرحمن الرحيم

رب وفق لاتمامه ويسر لاختتامه **قوله** الفرائض جمع فريضة والفرض القطع والتقدير وسمى هذا النوع بالفرايض لانها سهام مقدرة مقطوعة مبينة بالكتاب والسنة روى عن جابر بن عبد الله انه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى النبى صلى الله عليه وسلم بابنتيها وقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد وقتل سعد فى احد وان عمهما اخذ مالهما ولا تنكحان الا ولهما مال فنزلت اية المواريث يوصيكم الله الاية فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما وقال اعط ابنتى سعد الثلثين وامهما الثمن وما بقى لك رواه احمد فى مسنده ثم تعلمه مندوب وان كان فرض كفاية للاخبار الواردة فيها منها ما روى ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم قال تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانى امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان فى الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما وما روى ابو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال تعلموا الفرايض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شى ينتزع من امتى اخرجه ابن ماجه وانما سمى هذا العلم نصف العلم باعتبار حالتى الحياة والممات او لسبب الملك اختيارى كالشرا وضرورى كالارث وقال اهل السلامة لا ندرى وعلينا اتباعه عقلنا المعنى او لا والمتعلق بالتركة حقوق اربعة مرتبة فيبدا منها بتجهيز الميت وتكفينه وهو مقدم على الديون والوصايا والمواريث باعتبار الحاجة الاصلية كما فى حال الحياة فان حوايجه الاصلية مقدمة على الديون ويستثنى من ذلك حق تعلق بعين كالمرهون والمستاجر والمشترى قبل القبض والعبد الجانى فهؤلاء اولى بها من الكفن كذا ذكره فى فرايض فخر الدين بن عبد الجبار الكوفى ولكن ما يكفن به بلا تبذير ولا تقتير ويكون مثل ما كان يلبسه فى الحياة على حسب العرف والعادة لمثله فى اعتبار يساره واعساره حتى قالوا التبذير ان يكفن فى الكتان والابريسم اذا كان يلبس فى حياته الكرباس والتقتير على عكس هذا وقيل التبذير والتقتير من حيث العدد ايضا بان يكفن الرجل فى خمسة اثواب والسنة فيه ثلاثة والتقتير ان يكفنوه اقل من ثلاثة بلا ضرورة ولو كفنوا المراة اكثر من خمسة تبذيرا وبالاقل من خمسة تقتيرا وهذا عند القدرة وفى الضرورة يكفن باى شى وجد وقد مر فى الجنايز ثم تقضى ديونه من جميع ما بقى بعد التجهيز لقوله تعالى من بعد وصية

يوصى بها او دين ولان الدين مستحق عليه ثم الوصيه والدين مقدم على الوصيه لان فراغ ذمته من
اهم حوايجه قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين حايل بينه وبين الجنه والوصية مستحبه فاداء الفرض
اولى وانما قدمت الوصيه فى الاية لفظا للحث على امضايها فان الدين لازم لا يغفل الورثه عنه والاجنبى
عن قضايه من مطالبة الغرما والوصيه تبرع تتساهل فى امضايها فقدمت حثا للاولياء على امضايها
كذا فى الكشاف قال شيخ الاسلام فى مبسوطه البداة بالوصيه اولى اذا كانت الوصيه معينة
اما لو كانت مطلقه بان اوصى بثلثه او ربعه او جزء شايع فالموصى له شريك الورثه لانها بمعنى
الميراث فلا يحتاج الى البدايه من الوصية وقيل الصحيح ان الوصيه مقدمه على [illegible] اث فى مقدار
الثلث سواء كانت مطلقه او معينه ولهذا ذكر شمس الايمه السرخسى وصاحب [illegible] ص السراجى فى
فرايضه مطلقا ثم تقسم الباقى بين من يستحق الارث واستحقاق الارث بالسبب والنسب والارث البقا
قال عليه الصلاة والسلام اثبتوا على ابيكم ابرهيم اى على بقيه من تيابا بسرتعه والوارث الباقى
وشرعا انتقال المال الى الغير على جهه الخلافة ويستحق الارث بالقرابه والموالاة والزوجية
باجماع الامة والورثه ثلاثه صاحب الفرض وهو ذو سهم مقدر والعصبة وهو من يستحق الباقى
مع ذى سهم او بعضه اذا كانت فيها البنت مع الابن لانها عصبه وياخذ بعض ما بقى والكل اذا انفرد
وذو الرحم وهو قريب [illegible] ابذى الفرض بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحقوا
الفرايض باهلها [illegible] رجل ذكر ثم بالعصبه النسبيه ثم بالعصبة السببية وهو مولى
العتاقة وبجى بيانه

فصل اصحاب الفروض اصناف

من الرجال اربعه ومن النسا ثمانيه اما الرجال فالاول الاب وله احوال ثلاثه السدس مع الابن
او ابنه وان سفل والسدس والباقى مع البنت او بنت الابن وان سفلت ويتعصب عند عدمهم
اما الفرض المطلق لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد فهذا تنصيص على
انه صاحب فرض مع الولد وفرضه السدس والباقى للابن لقوله عليه الصلاة والسلام الحقوا الفرايض
باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر واولى رجل ذكر من العصبات الابن وان كان الولد بنتا فله
السدس وللبنت النصف والباقى للاب لانه اولى رجل ذكر من العصبات حال عدم الابن والتعصيب
المحض عند عدم الولد وولد الابن وان سفل لقوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث فعلم ان الباقى له
لانه لما بين نصيب احد الشريكين وصدر الكلام اوجب الشركه علم ان الباقى للاخر فهذا تنصيص على
انه عصبة حال عدم الولد والثانى الجد الصحيح وهو الذى لم يتخلل بينه وبين الميت ام كالاب
الا فى اربع مسايل وذلك كاب الاب واب اب الاب وان علا لان اسم الاب يطلق على الجد قال
تعالى واتبعت ملة ابائى ابرهيم واسحق ويعقوب وابرهيم جد ابيه وقال تعالى كما اخرج ابويكم من الجنة
والمراد ادم وحوى وفى اربع مسايل ليس كالاب احدها زوج وابوين او مع زوجة وابوين
والثالثه الجدة ام الاب ترث مع الجد ولا ترث مع الاب والرابعه الاخوة والاخوات لا يرثون
مع الاب ومع الجد عند ابى حنيفه وعندهما يرثون كما يجى فى المقاسمة هذه اربعه مسايل فى حق
التوريث اما اربعه اخرى فى غيرها منها ان الصغير يصير مسلما باسلام الاب ولا يصير مسلما باسلام
الجد فى ظاهر الروايه وقد مر فى السير ومنها ان الاب يودى صدقه الفطر عن اولاده الصغار
والجد لا يودى عن نوافله الصغار فى ظاهر الروايه ومنها ان من اوصى لاقربا فلان لا يدخل فيه
الاب ويدخل الجد ومنها ان الاب اذا اعتق يجر الولاء والجد اذا اعتق لا يجر الولا فلته الى
الى مواليه فى ظاهر الروايه ورواية الحسن عن ابى حنيفه يخالف ظاهر الروايه فى جميع هذه الفصول

ويسقط بالاب فقط بالاجماع قال صاحب الصحايف فى فرايضه ما قالوا ان الجد الصحيح هو الذى
لم يتخلل فى نسبته بينه وبين الميت ام غير جامع لجد الذى فى نسبته ام كاب الاب وهو ايضا ابو ام
الام او اب اب الام فانه جد صحيح وتخلل فى نسبته بينه وبين الميت ام فالصواب ان يقال الجد
الصحيح هو الذى ينسب الى الميت بدون دخول ام وهكذا قال فى تعريف الجده الصحيحه هى التى تنسب
الى الميت بدون دخول جد فاسد والفاسد التى يدخل ليكون جامعا قال شيخى العلامه مولانا علاء الدين
عبد العزيز [illegible] الله لم يدخل فى النسبه التى باعتبارها جد صحيح ام فيكون ما اورد جد صحيح بجهة وغير
صحيح بجه [illegible] عليه كلا الطرفين ضرورة وانما يرد نقضا ان لو كانت فى صحه تلك الجهه دخلت
الام فيها اونا [illegible] بعا ولا شك ان المراد من قولهم فى نسبته بينه وبين الميت نسبة بالاجمع جهات
النسبة وتعريفهم [illegible] وعليه هذا الطريق الاترى انما ذكره يرد على التعريف الذى اختاره ايضا والجواب
فى تعريف الجده الصحيحه مثل الجواب فى الجد الصحيح والثالث الاخ لام وله السدس ويستوى فى
اولاد الام الذكر والانثى فللواحد السدس لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ
او اخت فلكل واحد منهما السدس والمراد منه الاخ او الاخت لام ثبت ذلك بقراءة سعد بن ابى وقاص
فقرا وله اخ او اخت لام صريحا وللاثنين فصاعدا الثلث لقوله تعالى [illegible] كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى
فى الثلث ذكورهم واناثهم فى القسمه والاستحقاق سواء اما [illegible] تعالى فهم شركاء فى
الثلث [illegible] والشركة المطلقه تقتضى المساواة الاترى انه لو قال انت [illegible] المال بينهما نصفين كذا فى
[illegible] وفيه خلاف وقد روى عن ابن عباس فى روايه شاذه [illegible] الثلث للاخوة والاخوات
لام للذكر مثل حظ الانثيين كما فى قسمه ميراث الام منهم وقد مر جوابه واما فى الاستحقاق فلقوله
تعالى وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس سواهما فى استحقاق السدس وفى بعض نسخ الفرايض
فى الاستحقاق سوا ويلزم منه انهم فى الشركة سوا فلا يحتاج الى قوله والقسمه قيل فى جوابه لا يلزم
من التسويه فى الاستحقاق ان يكونوا فى الشركة سوا فان الابن مع البنت سوا فى كونهما عصبة وللذكر
مثل حظ الانثيين فى القسمة ثم [illegible] يسقطون بالولد وولد الابن وان سفل والاب والجد بالاجماع الا
روايه شاذة عن ابن عباس انه قال فى ابوين واخوين لام للام الثلث وللاخوين الثلث وروى
عنه لهما ثلث الباقى والباقى للاب وهذا بعيد جدا فان ولد الام يسقطون بالجد بالاجماع فكيف يرثون
مع الاب عنه والاصل فى هذه الجمله قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل
واحد منهما السدس الاية والكلالة عند الجمهور من ليس له ولد ولا والد فيسقط فى توريثهم عدم
الوالد والولد والولد يشمل الذكر والانثى والوالد الاب والجد واختلف اهل العلم فى الكلالة
قيل هى اسم للورثه ما عدا الوالدين والمولودين نقل ذلك عن ابى بكر وهو اختيار اهل الكوفة والمدينة
وهو قول الجمهور كانه اشتق من الاكليل الذى يحيط بالراس ولا يعلو عليه فكانت الورثه ما عدا الوالد
والولد قد احاطوا بالميت من حواليه لا من اعلاه واسفله وقيل اسم للميت نفسه الذى لا والد له ولا ولد
يروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود لقوله تعالى يورث كلالة اى حال كونه كلالة وهو نصب على الحال
واما يورث المورث فعرفنا انه اسم للميت وهو اختيار اهل البصره ولاهل الكوفه قوله تعالى يستفتونك
قل الله يفتيكم فى الكلالة اى يستفتونك عن الكلالة وانما يستقيم الاستفتاء عن ورثه ليس فيهم
ولد ولا والد ويقرا يورث بكسر الراء وفتحها والقراءه بالكسر يشير الى ان اسم الكلالة للورثه وفى الفتح
يتناول الورثه والميت كاسم الاخ يتناول كل واحد منهما ثم قد ثبت بالسنه ان المراد بالكلالة
الورثه قال عليه الصلاة والسلام من ترك كلا او عيالا فعلى نفقته يعنى كلالة وعن عمر وابن عباس

في رواية الكلالة ما خلا الولد وان كان هناك والد قال عطا سالت ابن عباس عن الكلالة
قال ما عدا الولد قلت انهم يقولون ما عدا الولد والوالد فغضب فقال انتم اعلم ام الله
قال تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد والصحيح عنهما كقول الجماعة والجمهور لما
روى ابو سلمة بن عبد الرحمن انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الكلالة فقال من ليس له ولد ولا
والد والمراد من الاية ليس له ولد ومن يقوم مقام الولد الا ترى ان من له ولد ابن لا
يكون كلالة لوجود من يقوم مقامه فكذا من له اب لا يكون كلالة لوجود من يقوم مقام الولد
والمراد من ليس له ولد ولا والد جميعا فان اسم الولد مشتق من الولادة ويطلق ذلك على الوالد
لتولد الولد منه وعلى الولد لتولده من الوالد كاسم الذرية يتناول الاولاد والاباء قال تعالى
حملنا ذريتهم في الفلك المشحون يعني اباءهم فسمي به لان الولد ذرئ منه وسمي به الولد لانه ذرئ
من الاب كذا في شرح فرايض السرخسي وسمي اولاد الام بنو الاخياف اخذ من فرس اخيف اذا كانت
احدى عينيه زرقا والاخرى كحلا فينتمي باحدى عينيه الى شي وبالاخرى الى شي اخر فكذا اولاد
الام من اصلين مختلفين كذا في شرح فرايض شيخ الاسلام وذكر ابو عصمة اخذ من الخيف وهو
الشي الذي يسرع به السكر سموا بذلك لانهم في خيف واحد والرابع الزوج وله النصف ان
لم يكن للميت ولد او ولد ابن وان سفل وان كان فله الربع بالنص وهو قوله تعالى ولكم نصف ما ترك
ازواجكم ان لم يكن لهن ولد الاية ولا خلاف فيه لاحد وفي المجتبى قال مشايخ العراق الحي لم يرث
الحي ولا امتنع ميراث الازواج الا بعد انتفا الزوجية بالموت وقال مشايخ بلخ يرث من الميت والا لكان
العين الواحد ملكا للمورث والوارث في حالة واحدة وانه ممتنع وفايدة الخلاف فيمن قال لزوجته
الامة اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين فمات المولى ولا وارث له سوى الزوج فعلى قول مشايخ
العراق لا تطلق لتقدم الملك وفساد النكاح وعلى قول مشايخ بلخ تطلق واما النسا فالاولى الام
ولها احوال ثلاث السدس مع الولد او ولد الابن والاثنين من الاخوة والاخوات فصاعدا من
اي جهة كانا لاب وام او لاب او لام لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان
كان له ولد والولد يتناول الذكر والانثى مجازا قال تعالى يا بني ادم وعند نزول الاية لم يبق
احد من صلب ادم ولا خلاف فيه بين اهل العلم اما الاثنين من الاخوة يحجب الام من الثلث الى السدس
عند جمهور العلما وقد روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل لا يحجبها من الثلث الى السدس الا ثلاثة
لظاهر قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وادنى الجمع المتفق عليه ثلاثة روى عن ابن عباس
قال لعثمان ليس الاخوان اخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الام فقال عثمان لا استطيع ان ارد شيا
كان قبلي وقضي في البلدان وتوارث الناس به وقول عثمان يدل على الاجماع ان للاثنين حكم الثلاثة
ولانه تعالى قال وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك فكذلك للاخوة والاخوات للمثنى حكم الجمع
في الحجب والاستحقاق جميعا ثم السدس الذي تحجبه الاخوة للاب في قول عامة الصحابة وعن ابن
عباس في رواية شاذة ان ذلك للاخوة روى طاوس مرسلا انه عليه الصلاة والسلام اعطى الاخوة
السدس مع الابوين ولان من لا يرث لا يحجب ولهذا لو كانوا كفارا او ارقا لا يحجبون ولنا قول عثمان
وانه بمنزلة الاجماع ولان قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس معناه للاب ما بقي لانه معطوف
على قوله وورثه ابواه فلامه الثلث ثم المراد هناك للاب ما بقي وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه
كذا قيل وفيه نوع تامل واما الخبر فقد روى عن طاوس قال لقيت ابن رجل من الاخوة الذين
اعطاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس مع الابوين فسالته عن ذلك فقال كان ذلك وصية

وكذلك يتناول ولد الابن

فعلم انه غير وارث والا لا تصح الوصية للوارث واما قوله ان من لا يرث لا يحجب الى اخره غير
صحيح لان الاخ وارث في حق الام بخلاف الرقيق والكافر والاصح عن ابن عباس رجوعه الى قول
الجماعة فان مذهبه في الجد مع الاخوة كمذهب الصديق في انهم لا يرثون معه فمع الاب اولى ثم
ان الاخوة يحجبون الام الى السدس عند اكثر العلما وعن الزيدية من الرافضة لا يحجبون لان عند
وجود الاخوة والاخوات لاب وام او لاب يكثر عيال الاب فيحتاج الى زيادة الانفاق
عليهم والام لا يحتاج الى ذلك اذ ليس عليها نفقتهم وهذا المعنى لا يوجد في اخوة الام لان نفقتهم
على الام فهي تحتاج الى زيادة مال لاجلهم فلا يثبت الحجب وللعامة قوله تعالى فان كان له اخوة
فلامه السدس واسم الاخوة حقيقة للكل وهذا حكم ثابت بالنص غير معقول المعنى ولهذا يحجبون
الام من الثلث الى السدس بعد موت الاب ولا نفقة ههنا والحالة الثانية ان لها ثلث الكل
عند عدم هولا المذكورين لقوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث والثالثة لها ثلث ما بقي
بعد فرض احد الزوجين مع الاب وذلك في مسئلتين زوج وابوين او زوجة مع ابوين وهو قول
عمر وعلي وابن مسعود وهكذا روى عن عثمان وزيد بن ثابت وجمهور الفقها والايمة الثلاثة
وجعل ابن عباس لها ثلث الكل في المسئلتين وهو رواية عن علي وحكي ذلك عن شريح وبه قال
داود والشيعة لظاهر قوله وورثه ابواه فلامه الثلث فقد جعل الله لها عند عدم الولد
والاخوة الثلث ثم جعل لها ثلث ما بقي خالف النص وعن معاذ بن جبل لها ثلث ما بقي في فريضة
الزوج وثلث الكل في فريضة الزوجة وبه قال ابن سيرين وابو بكر الاصم وابو ثور لان مع
الزوج لو اعطيناها ثلث الكل يبقى للاب السدس فيكون فيه تفضيلها على الاب ومع الزوجة لو
اعطيناها ثلث الكل اربعة من اثني عشر يبقى للاب خمسة فلا يودي الى التفضيل وللعامة قوله تعالى
وورثه ابواه فلامه الثلث معناه لها ثلث ما ورثه ابواه على الاب ومع الزوجة لو اعطيناها ثلث كذا
الكل اربعة من اثني عشر يبقى للاب خمسة فلا يودي الى التفضيل وللعامة قوله تعالى وورثه ابواه
فلامه الثلث معناه لها ثلث ما ورثه ابواه اذ لو لم يحمل على هذا صار قوله وورثه ابواه فضلا
خاليا عن الفايدة وقد كان حصل البيان بقوله فان لم يكن له ولد فلامه الثلث كما قال وان كن نسا فوق
اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وقال وان كانت واحدة فلها النصف ولما قال ههنا وورثه ابواه عرف
انه تعالى جعل لها ثلث ميراث الابوين وميراث الابوين ما بقي بعد فرض احد الزوجين فلا يلزم
مخالفة النص بل ثبت بالنص كما ذكرنا بلا فرق بين زوج وزوجة ولان الصحابة اتفقوا على التسوية
فلا معنى للتفريق ولها مع الجد مكان الاب ثلث الكل عند عامة الصحابة والعلما وعن ابي
يوسف لها ثلث الباقي كما في الاب وهو رواية عن ابي بكر وعن ابن مسعود في صورة الزوج لئلا
يلزم تفضيل الانثى على الذكر كما قلنا وقلنا التفضيل انما يجوز عند المساواة في القرب
ولا مساواة بين الام والجد في القرب لان الام تتصل بالميت بلا واسطة والجد بواسطة ولهذا
يحرم عن الميراث مع وجوده بخلاف الام فاعطينا ها ثلث الكل بظاهر قوله تعالى وورثه ابواه
فلامه الثلث كما قال ابن عباس في صورة الاب الا انا تركنا ظاهر النص في صورة الاب باجماع
الصحابة ضرورة ان لا تصير الام مفضلة على الاب في الميراث مع استوايهما في القرب ولا اجماع
في صورة الجد ولا ضرورة لعدم مساواته لها في الدرجة وفي مثل هذا يجوز تفضيل الانثى على
الذكر كما لو ترك امراة واختا لاب وام واخا لاب فللمراة الربع وللاخت النصف والباقي
للاخ وقد فضلنا الانثى على الذكر لما كانت اقرب كذا ههنا كذا ذكر شيخ الاسلام والتمرتاشي

ولان الام لها حقيقة الولادة وللجد حكم الولادة فلم يعصبها فلا جرم استحقت فرضا والباقي
للجد لانها عصبة بخلاف الاب فان له حقيقة الولادة فلا جرم عصّبها وفي العصبة لا تفضل
الانثى على الذكر والثانية الجدة لام او لاب لها السدس عند عدم الاب باجماع الصحابة
والعلما وحكي عن ابن عباس رواية شاذة انها بمنزلة الام لانها تدلي بها فقامت مقامها كالجد مقام
الاب ولنا ما روى قبيصة بن ذويب ان جدة جاءت الى ابي بكر تطلب ميراثها فقال لها ابو بكر ما
لك في كتاب الله شي وما اعلم لك في سنة رسول الله شيا ولكن ارجعي حتى اسال الناس فقال المغيرة بن شعبة
حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس فقال ابو بكر هل معك غيرك يشهد فشهد
له محمد بن مسلمة فامضى لها ابو بكر ولما كان عمر جاءت الجدة الاخرى فقال لها ما لك في كتاب الله شي
وما كان القضا الذي قضي به غيرك وما انا بزايد في الفرايض شيا ولكن هو ذلك السدس فان اجتمعتما
فهو لكما وايكما خلت به فهو لها رواه في الموطا وابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح
واما الجد فلا يقوم مقام الاب في جميع احواله على ما ذكرنا ولكن الجد انفصل حالا من الام لما بين
الام والميت جزيية وبعضية ولا ولا بينهما واذا كان كذلك فلا يجوز الحاقها بالام الا بالنص ولم
يوجد وفي الفرايض بجدات الثابتات والمتحاذيات لام او لاب السدس يشتركن في السدس والمراد
بالثابتات لم يكن اصحاب الفروض ومن الساقطات ان يكن من ذوي الارحام والفصل بين الثابتة
والساقطة عند الجمهور ان كل جدة دخل في نسبتها الى الميت اب بين امين فهي ساقطة من اي جانب
كانت وكل جدة لم يدخل في نسبتها الى الميت اب بين امين فهي ثابتة من اي جانب كانت ويشركن
في السدس باجماع الصحابة والعلما ايضا وحكي عن داود انه لا يورث ام ام اب الاب
شيا لانه لا يرثها ولا يورث هو لانها غير مذكورة في الخبر وقلنا اعطى النبي صلى الله عليه وسلم
ثلاث جدات ومن ضرورته ان يكون فيها ام ام الاب او من هي اعلا منها وما ذكره داود فيا
وهو لا يقول به وايضا هو باطل بام الام فانها ترثه ولا يرثها اما قوله ليست بمذكورة في الخبر
ينتقض بام ام الام فانها غير مذكورة ومع ذلك وروي عن سعد بن ابي وقاص انه لا يورث اكثر من
جدتين وحكي ذلك ايضا عن سليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة بن هرمز وابن ابي
ذويب ومالك وابو ثور وداود وبه قال الشافعي في القديم وروي عن علي وابن مسعود وزيد
ابن ثابت انه لا يرث اكثر من ثلاث جدات وبه قال مسروق والحسن وقتادة واحمد والاوزاعي
واسحق لما روي انه عليه الصلاة والسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل
الام اخرجه ابو عبيد والدارقطني وروي عن ابن عباس انه ورث الجدات وان كثرن اذا كن في
درجة واحدة الا من ادلت باب غير وارث كام اب الام وبه قال عامة الصحابة وابن سيرين والثوري
والشافعي في رواية المزني عنه والخرقي من اصحاب احمد وقولنا لان الزايد على الثلث جدة ادلت
بوارث فوجب ان ترث كاحدى الثلث وما روى الدارقطني حكاية حال ولا يدل على الحصر في
الثلث واجمع اهل العلم على ان الجدة المدلية باب غير وارث لا ترث وهي كل جدة ادلت باب بين امين
كام اب الام الا ما حكي عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين انهم قالوا ترث وهو قول
شاذ لا نعمل اليوم به وهو غير صحيح ثم الام تسقط كلهن بالاجماع والاب الابويات خاصة سوى ام الاب
لا ترث مع وجود الاب وهو قول عثمان وعلي وزيد بن ثابت وابي بن كعب وسعد ابن ابي وقاص والشعبي
وطاوس وهو مذهب اصحابنا والشافعي ومالك واحمد في رواية وقال احمد في ظاهر
مذهبه ترث مع الاب وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وجابر بن زيد والعنبري واسحق وابن المنذر

وكذا روي عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري وعمران بن الحصين وابي الطفيل اسند لنا بما روي
ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلم اعطى الجدة السدس وابنها حي اخرجه الترمذي وقال ابن سيرين
اول جدة اطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس ام اب مع ابنها وروي انه صلى الله عليه وسلم
اعطى ام حسكة السدس وحسكة حي ولان الجدات امهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يحجبن به
كامهات الام وقلنا انها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الاب وام الام مع الام لان الميراث يحسب الادلا
مع اتحاد ال... انما ترث ام الام مع الاب لانعدام الادلا واتحاد السبب ولان الاب يحجب اباه
مع انه ذكر فاعتبار انه يدلي به فكذا يحجب من يدلي به اذا كان انثى وتاويل حديث ابن مسعود ان ابنها
يحتمل ان يكون رقيقا او كافرا على انه قال اعطى الجدة السدس وابنها حي ولم يتبين ان ابنها اب الميت
والحديث حكاية ... الاعم ... فاذا دار بين كونه حجة وغير حجة سقط الاحتجاج به وحديث حسكة ما ثبت
مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم بل هو موقوف على عمر ومذهبه عدم حجبه امه ولئن صح كونه مرفوعا
فتاويله والله اعلم ان ام حسكة يحتمل ان يكون مخصوصة فانه صلى الله عليه وسلم خص بعض اصحابه باشيا
ويحتمل ان يكون الميت اوصى بذلك فاذا احتمل لا يبقى حجة لما ذكرنا وكذا ابا الجد يسقط الابويات الام
الاب وان علت فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبل الجد وبه قال من قال بالاب يسقط الابويات
هذا اذا كان الجد ابا الاب اما لو كان الجد ابا اب الاب فانه يرث معه ابويتان ام اب الاب وام
ام الاب بهذه الصورة



وهذا اذا كان الجد ابا اب اب الاب فانه يرث معه ابويات ثلاث ام اب اب الاب وام ام اب
الاب وام ام ام الاب بهذه الصورة



والاصل في هذا انه متى كان هذا الجد من الميت بدرجة واحدة يرث معه ابوية واحدة وان كان
معه بدرجتين ترث ابويتان وان كان بعده بثلاث درجات ترث معه ثلاث ابويات وان كان باربع
درجات يرث معه اربع ابويات وكلما ازداد عنه بدرجة ازداد يورث ابوية والقربى تحجب البعدى
وان كانتا من جهتين في قول عامة العلما الا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن ادم وشريك فالميراث
بينهما لان الاستحقاق باسم الجدودة شرعا والقربى والبعدى فيه سوا الا ان تكون البعدى ام القربى
او جدتها فانها حينيذ تحجب بالقربى لانها تدلي بها كالجدة ام الاب مع الاب والقربى من جهة الام تحجب
البعدى من جهة الاب عند عامتهم اما القربى من جهة الاب هل تحجب البعدى من جهة الام فعندنا تحجب
وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية واهل العراق وهو قول علي رضي الله عنه ورواية عن
زيد وقال الشافعي في قول واحمد في رواية ومالك والاوزاعي وزيد في رواية لا تحجب والسدس
بينهما لان القربى اذا كانت من جهة الام يظهر الترجيح في جانبها من وجهين زيادة القرب وزيادة صفة
الامومة فهي اولى اما اذا كانت القربى من جهة الاب فلها ترجيح من وجه وهو زيادة القرب وللتي
من قبل الام ترجيح من وجه وهو زيادة ظهور صفة الامومة فاستويا فيكون الميراث بينهما ولنا
ان الجدة ترث باعتبار الامومة اذ هي الاصل والمعنى الاصلي في القربى اظهر منه في البعدى من اي جانب
كانت القربى لانها اصل اصل الميت والاخرى فاذا كان كذلك تحجب القربى البعدى كما في الاباء والابنا

والاخوه والبنات ثم القربى تحجب البعدي عندنا سواكانت وارثه اولا فان ام الاب مع الاب محجوبة
وتحجب ام الام المال كله للاب لان القربى محجوبة بالاب وقال الحسن بن زياد على قياس قول على
ميراث الجدات لام ام الام وان كانت ابعد من ام الاب لان على قول على القربى انما تحجب البعدى
اذا كانت وارثه اما اذا كانت وارثه لا تحجب كما لو كانت محرومة برق او كفر وعندنا المحجوب يحجب
والمحروم لا يحجب ولان المحروم ليس باهل للميراث من كل وجه فيجعل كالميت في حق استحقاق الميراث
والحجب اما المحجوب فانه اهل للميراث من وجه دون وجه فيجعل كالميت في حق استحقاق الميراث
وكالحي في استحقاق الحجب فيحجب غيره واذا كانت جدة ذات قرابة والاخرى ذات قرابتين او اكثر
فعند ابي يوسف لا عبره لكثرة الجهه ويكون السدس بينهما نصفين وبه قال الشافعي ومالك والثوري
وقال محمد والحسن بن زيد وزفر السدس بينهما اثلاثا باعتبار الجهات وبه قال احمد والحسن بن
صالح ويحيى بن ادم وبعض اصحاب الشافعي وقال شمس الائمة السرخسي لا رواية عن ابي حنيفة فيه
ولكن ذكر في كتاب اصحاب الشافعي قوله مع ابي يوسف وجه قول محمد ان الاستحقاق باعتبار الاسباب
لا باعتبار الاشخاص ولهذا جعل الكافر والرقيق كالمعدوم في الاستحقاق باعتبار عدم الاسباب لا
باعتبار عدم الاشخاص فاذا كان كذلك فمن اجتمع في حقه سببان وهو شخص واحد صورة ولكن في
الحكم متعدد باعتبار تعدد السبب فيثبت له الاستحقاق باعتبار كل سبب ونظيره ما لو ترك
ابني عم احدهما اخ لام فانه ياخذ السدس بالفرضية والباقي بينهما بالعصوبة وكذلك المجوسي لو ترك
امه وهي اخته لابيه فانها ترث بالسببين جميعا وكذا الاب مع البنت ياخذ السدس بالفرضية
والباقي بالعصوبة وجه قول ابي يوسف ان الاستحقاق للجدات ليس باعتبار الادلا اذ الادلا
بالاناث لا يوثر في استحقاق الفريضة بمثل سبب المدلى به ولكن الاستحقاق باسم الجدة وتعدد
الجهه لا تعدد اسم الجدة لما ان التي لها قرابتان او قرابات يقال لها جدة كما في التي لها قرابة واحدة
بخلاف ابن عم هو اخ لام فان هناك تعدد الاسم تعدد الجهة بجهة الاخوة عند جهة العمومة
فاختلف جهة الاستحقاق اما هاهنا كل جهة سبب للاستحقاق وعلة تامة في الاستحقاق وتعدد
العلة لا يزداد الاستحقاق كما لو اقام رجلين شاهدين واقام اخر عشرا من الشهود فانه سوى
بينهما وكذا ان جرح رجلا عشرا والاخر واحدا فمات من ذلك فالدية بينهما نصفان **فان**
قيل يعتبر الادلا في الحجب بالاتفاق فينبغي ان يعتبر في الميراث **قلنا** حكم الحجب
غير حكم الميراث والاستدلال بحكم على حكم انما يجوز اذا عرفت المساواه بينهما بخلاف ما
استشهد به فان هناك كل واحد من السببين معتبر في الاستحقاق فالاخوه في الفريضة والعمومة
في العصوبة وكذا في اخته فجعلنا الاستحقاق مبنيا على السبب بخلاف ما نحن فيه كذا في
شرح السرخسي وصورة المسلة امراة لها بنت ولبنتها بنت ولها ابن ولابنها ابن وام امراة
وهي ام ام ابنه فزوجت بنت بنتها من ابن ابنها فولد بينهما ولد فهي ام الام لهذا الولد من
قبل بنتها وام اب الاب لهذا الولد من قبل ابيها وام ام ابنها ام ام الاب لهذا الولد هذه
الصوره



ولو زوجت هذه المراه ابن ابنها بنت بنتها فولد
منهما ولد فهي ام ام امه وام ام ابيه وان ادلت الجدة
بثلاث جهات ترث لم يمكن ان يجتمع معها جدة اخرى وارثه
عند من لا يورث اكثر من ثلث وعند من يمكن كام اب الاب وام ام
ام ام وهي ايضا ام ام ام الاب وهو ايضا ام اب الاب هذه الصوره



فعند محمد

لذات الجهه الواحده ربع السدس ولذات الجهات الثلاث ثلاثة ارباع السدس وعند ابي يوسف
بينهما نصفان وصورتها ان يكون للزوجة الاولى بنت بنت اخرى والمولود ذكر فزوجت بنت بنت
منها من هذا الولد فولد بينهما ولد فتلك المزوجه جدة لهذا المولود الثاني بثلاث قرابات الثالثه
البنت وللواحدة النصف وللبنتين او اكثر الثلثان اجمع اهل العلم على ان للاثنين الثلثان الا رواية
شاذة عن ابن عباس ان لهما النصف كواحدة لقوله تعالى وان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك
فمفهومه ان ما دون الثلاث لا يكون لهما الثلثان ولان ميراث الواحدة منصوص وميراث الثلاث منصوص
فاعتبارهما بالواحدة اولى لان في اعتبارهما بالثلث اعتبار شرط منصوص عليه وهو ان يكون الانوثة
اثنتين واشاره قوله تعالى فللذكر مثل حظ الانثيين يدل عليه فان من ترك ابنا وبنتين فلهما النصف
والصحيح قول الجماعة لانه صلى الله عليه وسلم قال لاخي سعد بن الربيع اعط ابنتي سعد الثلثين
ولانه تعالى قال في الاخوات وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك فبدلالته يجب للبنتين الثلثان لانهما
اقرب منهما ولان قوله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين يدل على ذلك لان ذا في الاحتياط ان يجتمع
ابن وبنت وللابن هنا الثلثان بالاتفاق فعرفنا ان حظ الانثيين الثلثان وكان ما امر النبي صلى
الله عليه وسلم لاخي سعد تفسير الاية وانما قال فوق اثنتين وان كان حكم الاثنين كذلك دفعا
لوهم من يتوهم ان بزيادة بنت واحد زاد سدس فكلما ازدادت بنت يزداد سدس حتى يستوفي
جميع المال فبان حكم فوق الاثنين كذلك وهو الثلثان كذا قيل وعلم تفسير النبي صلى الله عليه وسلم
ان كلمة فوق صلة كما في قوله فاضربوا فوق الاعناق اي اضربوا الاعناق وهذا اما جمع الصحابة به الا
ابن عباس كما ذكرنا وقيل في الاية تقديم وتاخير اي اثنين نساء فوقهما كما في قول الشاعر
فمن يك امسى بالمدينة رحله ❊ فاني وقيار بها لغريب اي اني بها لغريب وكذلك قيار وقلنا من اسقاط
الشرط لا يلزم انتفاء الحكم بل يمكن ان يثبت الحكم بدليل اخر وقد ثبت هنا بما ذكرنا واما اعتبارهما بالواحدة
فعلنا اعتبارهما بالثلث اولى لان بينهما معنى الجمعية والعددية ولهذا اجعل للاثنين حكم الثلث في
كثير من المواضع اما الواحدة ليست بجمع ولا عدد الا ترى ان شهادة الاثنين تقبل كشهادة الثلاث
دون شهادة الواحد واما قوله ومع الابن للذكر مثل حظ الانثيين الى اخره وقلنا هذا بيان
ان الابن يعصبهن وبيان لنصيب الابن ولم يقدر نصيب البنات عند الاجتماع والسابعة بنات
الابن هن كالصلبيات عند عدمهن ولهن السدس مع صلبية واحدة تكملة للثلثين كذا الجدة ولا
يرثن مع الصلبيتين الا ان يكون بازائهن او اسفل منهن ذكر يعصبهن فيجعل الباقي بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين وهو قول علي وزيد وعامة الصحابة والايمة الثلاثة وجمهور الفقهاء وروي عن ابن مسعود رضي
الله عنه ان الباقي للذكر دون اخواته وقد خالف الصحابة وهو قول ابي ثور ووجه قوله انه تعالى اعتبر
في ميراث البنات احد الحكمين اما الثلثان للاثنين بقوله فان كن نساء فوق اثنتين واما القسمة حالة
الاختلاط بالذكر لقوله للذكر مثل حظ الانثيين ولو جعلنا الباقي للذكر مثل حظ الانثيين لزم الجمع
بين الحكمين في حالة واحدة وهو متعذر واما اثبتنا الاستحقاق للذكور بقوله صلى الله عليه وسلم ما ابقته
الفرايض فلاولى رجل ذكر ولانه تعالى جعل للبنات الثلثين وان كثرن فلو قلنا ان الباقي بعد الثلثين
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لزاد حق البنات على الثلثين ولا يجوز ذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال لا
تزاد البنات على الثلثين وان كثرن ولان الانثى انما تصير عصبة بالذكر اذا كانت صاحبة فرض عند
الانفراد كالاخوات والبنات فاذا لم تكن صاحبة فرض فلم تصر عصبة بالذكر كبنات الاخوة مع بني
الاخوة وبنات العم مع بني العم وللعامة عموم قوله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين فان بنات الابن

عند عدم الصلبية في الاستحقاق كبنات الصلب بالاجماع وههنا لما اخذت بنات الصلب الثلثين
خرجن من البين وصار فيما بقي كانه ليس هناك بنت فيكون الحكم فيما بقي كالحكم في الجميع اذا لم يكن هناك
بنات الصلب وهذا تبين ان لا نجمع بين الحكمين في محل واحد بل في كل محل احد الحكمين الا ترى ان الذكر
من اولاد الابن يعصب الانثى في درجته في حكم الحرمان فيما اذا ترك زوجا مع الزوج ابوين وبنتا وبنت
ابن فلبنت الابن السدس ولو كان معها ابن ابن في هذه الصورة لم يكن لها شيء لانها تصير
عصبة به ولما كان يعصبها في الحرمان فلان يعصبها في حكم الاستحقاق كان اولى لان التعصيب في
الاصل للاستحقاق لا للحرمان واما الاية والحديث فنقول انما نريد حق البنات على الثلثين اذا كان بضم
اصابة بنت الابن الى نصيب الصلبيتين ولا يضم الى ذلك بل هما مستحقتان بالفرض وابنة الابن بالتعصيب
لا بالفرض وهما سببان مختلفان واما قوله بنت الابن لم يكن مستحقة لشيء عند الانفراد فلم يعتبر عصبة
به ممنوع فانها مستحقة عند صلبية واحدة وعند الصلبيتين تصير محجوبة باعتبار استكمال البنات
الثلثين فتصير عصبة مع ذكرها ولا كذلك العمة مع العم وبنات الاخوة مع بني الاخوة لانهم ذوي الارحام
هذا اذا كان الغلام بحذائهن اما اذا كان اسفل منهن فظاهر المذهب عندنا والائمة الثلاثة واكثر
العلماء ان الحكم كذلك فيعصب من فوقه من البنات بشرط ان لا يكن ذوات فرض ويسقط من انزل منهن
وقال بعض المتأخرين الباقي خاصة ههنا وهو قول ابي بكر الاصم لان الانثى انما تصير عصبة بذكر
في درجتها لا بذكر هو دونها في الذخيرة الا ترى ان البنت لا تصير عصبة بابن الابن اذا ترك بنتا
واحدة صلبية وبنت ابن وابن ابن ابن فان بنت الابن لا تصير عصبة بابن ابن الابن فكذلك
مع النسب لما ان ذكر الو بعيد بدرجة او جعل البنت التي هي اقرب منه بدرجة عصبة صار الذكر
محروما لان في ميراث العصبات الاقرب مقدم على الابعد ذكرا كان او انثى الا ترى ان الاخت لما
صارت عصبة مع البنت كان الباقي لها دون ابن الاخ واذا صار محروما لا يعصب احدا وجه
قول العامة ان هذه الانثى لو كانت في درجة الذكر كانت عصبة معه فاذا كانت اقرب منه بدرجة
كان اولى لان باثر القرب في قوة سبب الاستحقاق لا في الحرمان وفي هذا بيان ان التعصيب كان لمعنى
النظر للانثى فلا يتحقق ذلك في ابنة الصلب مع ابن الابن لان بالتعصيب هناك ينتقص حقها لانه يصير
المال منهما للذكر مثل حظ الانثيين فيصيب البنت الثلث وبدون التعصيب حقها النصف وكذا
حق ابنة الابن مع ابنة الصلب فان التعصيب هناك بابن الابن لا يزداد نصيبها بحال وتديودي
الى حرمانها في بعض الاحوال لان الصلبية اذا كانت واحدة تحق بنت الابن معها السدس بدون
التعصيب ولو صارت عصبة لا يزداد نصيبها فان الباقي من النصف وهو النصف تقسم بينهما للذكر
مثل حظ الانثيين سهم لبنت الابن وسهمان لابن ابن الابن كما في غير حالة التعصيب فاما التعصيب
ههنا توفير المنفعة على بنت الابن باعتبار زيادة القرب يوضحه ان من كانت في درجة الذكور من
الاناث ههنا تستحق شيئا فالقول بان الابعد من البنات تستحق والاقرب تصير محروما تشبيه المحال
فلا يصار اليه كذا في شرح السرخسي صورة المسألة ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث
بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وذلك اذا
كان لابن الميت ابن وبنت ولابن ابنه ابن وبنت
ولابن ابنه ابنه ابن وبنت فمات البنون وبقي البنات
فكذا ثلاث بنات ابن ابن وكذا ثلاث بنات ابن ابن
ابن على هذه الصورة

الفريق الاول	الفريق الثاني	الفريق الثالث
ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الاول ليس في موازاتها احد والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني
والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها احد
فللعليا من الفريق الاول النصف وللوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني السدس تكملة
الثلثين لاستوائهما في الدرجة ولا شيء للباقيات فان كان مع العليا من الفريق الاول غلام فالمال بينه
وبينها للذكر مثل حظ الانثيين وسقط الباقيات وان كان مع الوسطى من الفريق الاول فالنصف
للعليا من الفريق الاول والباقي بين الغلام ومن في درجته للذكر مثل حظ الانثيين فان كان الغلام
مع السفلى من الفريق الاول والباقي الاول والسدس للوسطى منه مع من يوازيها تكملة الثلثين والباقي
بين الغلام وبين من يوازيه للذكر مثل حظ الانثيين فيكون اصل المسألة من ستة فالنصف مستقيم
على العليا والسدس لا يستقيم على الوسطى مع من يوازيها فاخذنا جميع عدد رؤسها والباقي سهمان
لا يستقيمان على خمسة ولا موافقة بين رؤس الموقوفة اثنان وخمسه فاضرب الاثنين في الخمسة ثم المبلغ في اصل
المسألة يبلغ ستين فمنها تصح المسألة وكذا ان كان الغلام مع الوسطى من الفريق الثاني او العليا من الفريق الثالث
ويخرج الباقي كما عرف في مسألة التصحيح ويسقط الباقيات وان كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني
فالنصف للعليا من الفريق الاول والسدس للوسطى منه ولمن يوازيها والباقي بين الغلام ومن يوازيه
وهو اعلى منه ممن لا فرض للذكر مثل حظ الانثيين وسقط الباقيات وعلى هذا الاصل ان بنت الابن تصير
عصبة بابن الابن سواء كان في درجتها او اسفل منها اذا لم يكن صاحبة فرض لان الجارية التي توازي الغلام
انما ترث بسببه بعد استكمال الصلبيات الثلثين لانها لولاه لما [illegible] فلان ترث بسببه جارية اقرب
منه الى الميت كان اولى اما صاحب الفرض فقد استقلت بفرضها فلم تصر تابعة لمن هو دونها في
الدرجة في الاستحقاق ولا يعلم فيه خلاف في هذا بين العالمين توريث بنات الابن مع بني الابن بعد
استكمال الثلثين وتسمى هذه المسألة مسألة التشبيب اخذا من تشبيب الشاعر القصيدة وهو
تحسينها وتزيينها بذكر التشبيب في اولها ويشحذ خاطر السامع ثم يتخلص من ذلك الى مدح ممدوحه فيكون
ذلك الذ للسامع فكذا هذه المسألة تشحذ الخاطر وتلذ السامع في استماعها او اخذا من قولهم
شب النار اذا اوقدها سميت بذلك لان في استخراجها تذكية للخواطر او اخذا من شباب الفرس لانه
خروج وارتفاع من درجة الى درجة كحال الفرس في نزاوته ويسقط بنات الابن كلهن بالابن الصلبي
وكذا بنو الابن يسقطون بالصلبي الخامسة الاخوات لاب وام وهن كالبنات عند عدمهن
فللواحدة النصف وللاكثر الثلثان بالنص قال تعالى وله اخت فلها نصف ما ترك وقال تعالى وان
كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ولا خلاف لاحد فيه ويعصب باخيها او بالبنت او بنت الابن لقوله
تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ولقوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا الاخوات
مع البنات عصبة وهذا قول الصحابة وجميع الفقهاء وقد روي عن ابن عباس ومن تبعه ان الاخوات
لا يصرن عصبة مع البنات فقال في بنت واخت للبنت النصف ولا شيء للاخت فقيل له ان عمر
قضى بخلاف ذلك حيث جعل الباقي للاخت فغضب وقال انتم اعلم ام الله يريد قوله ان امرؤ
هلك ليس له ولد وله اخت قال الزهري مراده انه تعالى جعل للاخت النصف بشرط عدم الولد
وانتم تجعلون لها النصف مع الولد فان اسم الولد حقيقة للذكر والانثى ولان الاخت لو ورثت
مع البنت فاما ان ترث بالفرض او بالتعصيب ولا يجوز ان ترث بالفرض لانه تعالى علق
توريثها بالفرض على عدم الولد وههنا ولد ولا يجوز بالتعصيب ايضا لانها لا تكون عصبة بنفسها
لانها انثى والعصبة من يكون ذكرا ولا يجوز ان تصير عصبة بالابنة لان الابنة ليست بعصبة بنفسها

فكيف تعصبها وقلنا المراد بالولد في الاية الابن بدليل ما عطف عليه من قوله وهو يرثها ان
لم يكن لها ولد فان المراد هناك الابن بالاتفاق حتى ان الاخ يرث بالابنة وعلى قياس قول ابن عباس
ينبغي ان يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وقوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا الاخوات
مع البنات عصبة مبينا لكلام الله تعالى مع ان في الاية تعلق توريث الاخت بالفرض بعدم الولد
وبه نقول وليس فيها تعلق توريث الاخت بالعصوبة بل مسكوت عنه فيكون موقوفا على قيام
الدليل عليه وقد قام واما قوله لا يجوز ان ترث بالتعصيب الى اخره قلنا انها صارت عصبة
بنفسها بقرابة الاصرونة ان الاقرب ولد الجد مع وجود ولد الاب اليه اشار شمس الايمة
وشيخ الاسلام في شرحيهما السادسة الاخوات لاب وهن كالاخوات لاب وام عند عدمهن
لما عرفت من النصوص في الاخوات لاب وام ولهن السدس مع الاخت الواحدة لاب وام تكملة للثلثين
لان حق الاخوات الثلثان وقد اخذت الواحدة النصف فيبقى سدس الى تمام الثلثين ولا يرثن مع
الاختين لاب وام لانه كمل الثلثان الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن والباقي بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين وهو قول عامة الصحابة والفقهاء خلافا لابن مسعود لما روينا من النصوص في الجانبين في بنات
الابن مع بنات الصلب لان ميراث الاخوة والاخوات اجرى مجرى ميراث اولاد الصلب وميراث الاخوة
والاخوات لاب اجرى مجرى ميراث اولاد الابن ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام اناثهم ويصرن
عصبة مع البنات او بنات الابن خلافا لابن عباس كما ذكرنا في الاخوات لاب وام ثم بنو الاعيان
والعلات كلهم ذكرهم وانثاهم يسقطون بالابن وابنه وان سفلن وبالاب باجماع اهل العلم لما مر
ان شرط توريثهم عدم الابن في الاية واما سقوطهم بالجد عند ابي حنيفة وهو قول ابي بكر وسياتيك
في فصل مقاسمة الجد وسموا الاخوة والاخوات لاب وام بنو الاعيان لان عين الشيء اتم ما يكون
منه وتمام الاتصال من الجانبين في حقهم وقيل سموا بذلك لان العين خيار الشيء فعلى هذا التقدير
الاضافة اضافة بيان عند البصريين فانهم لا يجوزون اضافة الموصوف الى الصفة خلافا للكوفيين
وسموا الاخوات والاخوة لاب بني العلات لان العلة الضرورة يعني انهم لاب واحد وامهات
شتى قال عليه السلام الانبياء بنو علات يعني امهاتهم مختلفة ودينهم واحد ثم بنو العلات يسقطون
ببني الاعيان ايضا كما ذكرنا ان ميراثهم مع بني الاعيان اجرى مجرى ميراث اولاد الابن مع اولاد
الصلب السابعة الاخوات لام وقد ذكرنا حكمين في الاخوة لام الثامنة الزوجة ولها
نصف ما للزوج في الحالين وقد مر في الزوج

فصل في العصبات

هي جمع عصبة والعصبة لغة قرابة الرجل لابيه وكانها جمع عاصب وان سمع به من عصب القوم
بفلان اذا احاطوا حوله ثم سمي الواحد والجمع والمذكر والمونث للغلبة وقالوا في مصدرها
العصوبة والذكر يعصب الانثى اي يجعلها عصبة كذا في المغرب وفي الصحاح العصبة واحد
العصب والاعصاب وهي اطناب المفاصل وعصبة الرجل بنوه وقرابته لابيه وانما سموا عصبة
لانهم عصبوا اي احاطوا به فالاب طرف والابن طرف والعم جانب والاخ جانب والجمع العصبات
العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية ثلاثة انواع عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة
مع غيره اما الاول فكل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت انثى وهم اربعة اصناف جزء الميت
اي البنون ثم بنوهم وان سفلوا ثم اصل الميت اي الاب يقدم الاقرب على الابعد فالجزء اقرب من الاب
لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد قدم الابن على الاب في التعصيب فيقدم
على من بعده بالطريق الاولى ثم ابن الابن وان سفل لما قلنا اسم الولد اياهم وروي عن ابي بكر وعلي

وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت انهم قالوا اقرب العصبات الابن ثم ابن الابن ولا يقال ابن
الاب اقرب من ابن الابن عليه لانا نقول وان كان اقرب الا ان الاب صاحب فرض مع الابن
وبنيه والاعتبار في الترجيح بجهة التعصيب لا بالفرض الا ترى ان الاخ لاب يرث مع الاخت
لابوين وان كانت هي اقرب واقوى جهة لاختلاف جهتي الاستحقاق ثم الجد الصحيح والاب وان علا
وفيه خلاف ياتي في فصل المقاسمة ثم جزء ابيه اي الاخوة لاب وام ثم لاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم
جزء جده اي الاعمام لاب وام ثم هذا الترتيب فيرتبون في الميراث كذلك وكذلك في ولاية
النكاح واذا اجتمعت العصبات يقدم في الارث بقربهم لقوله عليه الصلاه والسلم فلاولى
عصبة ذكر ولان العلة في ارثه انما هي القرب والعلة في الاقرب اكمل فيقدم كما في النكاح
وقد روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه عليه الصلاه والسلم جعل المال للاخ لاب وام ثم
للاخ لاب ثم لابن الاخ لاب وام ثم لابن الاخ لاب وساق ذلك في العمومة ومن كان منهم لابوين
فهو اولى ممن كان لاب لقوة قرابته ولقوله عليه الصلاه والسلم ان اعيان بني الاب والام يتوارثون
دون بني العلات ولا نعلم فيه خلافا ولهذا جعلت الاخت لاب وام اذا صارت عصبة مع البنت
او بنت الابن اولى من الاخ لاب خلافا لابن عباس وقد مر واما الثاني وهو العصبة بغيره فاربع
من النساء اللاتي فرضهن النصف والثلثان احداهن البنت والثانية بنت الابن والثالثة الاخت لاب
وام والرابعة الاخت لاب كما ذكرنا لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الاية واما الاخوات فلقوله
وان كانوا اخوة رجالا ونساء كما ذكرنا **ثم اعلم** انه لا يشارك احد من العصبات احدا من
اهل الفرض في فرضهم لا بنو الاعيان فانهم يشاركون لبني الاخياف في ثلثهم في المشركة وهي زوج
وام او جدة واثنان من ولد الام وبنو الاعيان واحدا كان او اكثر فللزوج النصف وللام او
الجدة السدس وللاثنين من ولد الام الثلث ولم يبق شيء لبني الاعيان لانهم عصبة ولم يشارك
لبني الاخياف في الثلث وما يبقى لهم عندنا واحد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وابي
ابن كعب وابي موسى الاشعري والشعبي والعنبري وشريك ويحيى بن ادم ونعيم بن حماد وابي ثور
وابن المنذر وقال الشافعي ومالك يشاركهم في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل الانثى
وهكذا عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وشريح وابن سيرين واسحق لانهم ساووا ولد الام في القرابة
التي يرثون بها فيجب ان يساووهم في الميراث فانهم جميعا من ولد الام وقرابتهم من جهة الاب ان
لم يزدهم قربا واستحقاقا فلا ينبغي ان يسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة او بعض ولد الابوين لعمر
يا امير المؤمنين هب ان اباهم كان حمارا الهم من ام واحد وحكي بعضهم اصحاب الشافعي فيها قياسا
فقال فريضة جمعت ولد الابوين وولد الام وهم من اهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب
ان يرث ولد الابوين كما لو لم يكن فيها زوج ولنا قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة
وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس وان كانوا رجالا ونساء فهم شركاء في الثلث ولا خلاف
ان المراد بهذه الاية ولد الام على الخصوص فمن شرك بينهم لم يعط كل واحد منهما حقه كان مخالفا
لظاهر النص وقوله عليه الصلاه والسلم الحقوا الفرائض باهلها ولان ولد الابوين عصبة لا فرض
لهم وقد تم المال بالفروض فوجب ان يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان ولان الاجماع منعقد
على انه لو كان في هذه المسالة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لكان للواحد السدس ولهم
السدس الباقي فاذا جاز ان يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم يجز للاثنين اسقاطهم واما قولهم
تساووا في قرابة الام فتساووا في الميراث منتقض بما قلنا الان في مسالة الواحد من ولد الام على انا

يقول نعم تساووا في قرابة الام لكن فارقوهم بكونهم عصبة من غير ذوي الفروض فالشرع ورد بتقديم ذوي الفروض على العصبة كما قلنا في مسئلة الواحد من ولد الام وما ذكره من القياس طردي لا معنى تحته قيل القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قلنا هذا استحسان مخالف للاية والحديث كما قلنا والعجب من الشافعي انه قال من استحسن فقد شرع وقد عمل به مع كونه مخالفا للكتاب والسنة ويلزمهم في زوج واخت من ابوين واخت من اب مع اخيها ان الاخ يسقط وحده ويرث اخته السبع لان قرابتها مع وجود اخيها كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدوه حمارا اذ ورثوها معه كميراثها مع عدمه وسميت حمارية ومشركة لما ذكرنا هب ابانا انه حمار ومن لا فرض له من الاناث لا تعصب مع اخيها كالعمة مع العم فالمال كله للعم وكذا ابن العم مع بنت العم وبنت الاخ مع ابن الاخ لان النص ورد في ان الاناث يصرن عصبة بالذكور في الموضعين البنات بالبنين والاخوات مع الاخوة وقال تعالى في حق الاولاد يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقال تعالى في حق الاخوة وان كانوا اخوة رجالا ونساء الاية فمن كان في معنى هذين الفريقين فالنص يتناوله اما من لا فرض له من الاناث فليس في معنى من له فرض فلا يتناوله النص وان الاخت انما تصير عصبة باخيها اذا كانت صاحبة فرض حالة الانفراد حتى ينتقل حقها من الفرض الى العصوبة فاما لم يوجب لها حقا لم يكن ثابتا في الاصل فلا ولان الانثى انما تصير عصبة باخيها كي لا يودي الى تفضيل الانثى على الذكر او المساواة وهذا لا يوجد فيمن لا فرض له حالة الانفراد واما الثالث وهي العصبة مع غيره فكل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالاخت مع البنت كما ذكرنا وهو قوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والفرق بين العصبة بغيره ومع غيره ان الباء للالصاق والالصاق يقتضي الملصق والملصوق به وذا لا يتحقق الا عند المشاركة في الاستحقاق فيكون ذلك الغير عصبة بالخلاف كله مع فانها للقران والقران يتحقق بينهما بغير المشاركة فلا يكون ذلك الغير عصبة كذا قيل وذكر الصحابي العصبة بغيره هو الذي يصير عصبة بعصبة بنفسه والعصبة مع غيره هو الذي يصير عصبة مع عصبة بغيره فان الاخت تصير عصبة مع البنت والبنت عصبة باخيها قال شيخي العلامة هذا لا يستقيم لان البنت عند عدم الابن لا يكون عصبة ومع الابن لا تصير الاخت عصبة منها **فان قيل** جعل الاخوات مع البنات عصبة بخلاف القياس بالنص فيقتصر على مورد النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة فينبغي ان لا تصير الاخت الواحدة عصبة مع بنت واحدة **قلنا** هذا مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الاحاد على الاحاد ولانه صلى الله عليه وسلم ادخل اللام في الجمع ولا معهود فصار اللام للجنس وبطل معنى الجمعية كما في قوله تعالى لا يحل لك النسا فكان تقديره اجعلوا جنس الاخوات مع جنس البنات عصبة فيستوي فيه الواحد والجمع واذا اجتمع العصبات وهم في درجة واحدة قسم المال عليهم باعتبار ابدانهم دون اصولهم مثاله ابن اخ وعشرة بني اخ اخر وعشرة بني عم وابن عم اخر فالمال بينهم على احد عشر سهما لكل منهم سهم وفي المبسوط رجل زوج امراة وابنه امها فولد لكل واحد غلام فقرابة ما بين الولدين ان ابن الاب عم ابن الابن وابن الابن خال ابن الاب وابن اخيه فانهما مات ورث صاحبه بالعصوبة وهي مسئلة يا خالي وانا عمك ادعوك ابي وهو جدك وفيه حكاية عبد الملك بن مروان انه جلس يوما للمظالم فقام رجل وقال اني تزوجت امراة وزوجت ابني امها فانتم بعطائي فقال لو كان عكس هذا كان اولى وانا اسئلك عن مسئلة فان احسنت جوابها امرتك بعطائك وان لم تحسن لا اعطيك شيا قال هات فقال ان ولدك غلام ولابنك غلام فما قرابة بين الغلامين فلم يحسن الجواب فقال سل القاضي الذي وليته فان احسن الجواب فاصرف عطاي اليه والا فاعذرني فلم يحسن القاضي

حكاية لطيفة

١٢٧م

٥٤٥

ولا احد من القوم الا رجل في اخريات الناس فقال انا اجيب هل يعطي حاجتي قال نعم فاجاب كما ذكرنا فقال لله در هذا العلم وقال ما حاجتك فقال ان عاملك سقط حرفا من كتاب الله تعالى قال وما ذاك قال قال الله تعالى خذ من اموالهم صدقة فهو يسقط حرف من ويأخذ كل ما لنا قال هذا احسن من الاول فعزل ذلك العامل ولو ان اخوين ادعيا غلاما ولدته جارية مشتركة بينهما حتى ثبت نسبه منهما فمات الرجلان ثم مات ابوهما وترك ابن ابن له اخر وابن ابنه فانهما يرثان مال جدهما نصفين ولا يرث هذا من وجهين بخلاف الجدة فانها ترث من الجهتين لان الجدة تنسب بنسبين معروفين وهذا الولد لو اخذ منهما الا انا لا نعرفه فنسبه نسب واحد ولو ثبتت حرمة المصاهرة بين الزوجين ثم حدث ولد قيل لا يرث الولد عنه كولد الملاعنة فانه يرث عن امه دون ابيه وقيل يرث لانه ثابت النسب لاختلاف العلما في الحرمة ومنها لا يمنع النسب خلاف ولد الملاعنة وبه قال الائمة الثلاثة **اعلم** ان الملاعن لا يرث ولد الملاعن به ولا احد من عصباته وانقطع تعصيبه من جهته ويرثه امه وذوو الفروض منه فروضهم ويسقط التوارث بين الزوجين ولا خلاف بين اهل العلم في هذه الجملة فلو مات احدهم قبل تمام اللعان بين الزوجين ورثه الاخر في قول الجمهور وقال الشافعي اذا اكمل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك ان مات الزوج بعد لعانه فان لاعنت المراة لم ترث ولم تحد وان لم تلاعن ورثت وحدت وان ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم الا الشافعي ولو تم اللعان بينهما فمات احدهما قبل تفريق الحاكم لا يتوارثان عند مالك وزفر واحمد في رواية وداود وهذا يروى عن الزهري والاوزاعي وربيعة لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد بالنص فلا يعتبر الحكم بالتفريق وعندنا يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما لانه صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فلو حصل التفريق بمجرد اللعان لم يحتج الى تفريقهم وقد مر في اللعان ثم لا قرابة له من قبل ابيه وله قرابة من جهة امه ولا يكون عصبة امه عصبته ولا امه عصبة له عند الجمهور وعن ابن مسعود وابن عمر ان عصبة امه عصبته وبه اخذ عطا ومجاهد والشعبي والنخعي وعن ابن مسعود في رواية اخرى عنه ان امه عصبته لما روى واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تحوز المراة ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه وعن ابن عباس انه قال ام ولد الملاعنة ابوه وامه وان لم تكن فعصبتها عصبته لما روى عن داود بن هند انه كتب الى الصديق له بالمدينة ان سال من بقي من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عن ولد الملاعنة من عصبته فذكروا انه عليه الصلاة والسلام جعل عصبته عصبة امه وقلنا الميراث انما ثبت بالنص ولا نص في توريث الام اكثر من الثلث وفي توريث اخ من ام اكثر من السدس ولا في توريث ابي الام واشباهه من عصبات الام وفيه خلاف النص ولان العصوبة اقوى اسباب الارث والادلاء بالام اضعف فلا يجوز ان يستحق به اقوى اسباب الارث وفي الحديث بيان انها تحرز والاحراز لا يدل على العصوبة فانها يجوز ان تحرز فرضا وردا لا تعصيبا ومعنى حديث ابن ابي هند ان عصبة قوم امه في الاستحقاق بمعنى العصوبة وهي برحم لا في اثبات حقيقة العصوبة وولد الملاعنة اذا كان توامًا فعندنا وعند الشافعي واحمد والجمهور من العلماء هما كالاخوين لام وقال مالك هما كالاخوين لابوين وهو وجه لاصحاب الشافعي لان نسبهما ثابت لانهما خلقا من ماء واحد وينقطع النسب باللعان ضرورة فيتقدر بقدرها وهو قطع النسب لا في كونهما خلقا من ماء واحد وكانا اخوين لابوين بخلاف ولد الزنا لان هناك لم يثبت النسب اصلا لانعدام الفراش ولهذا لا يثبت من الزاني وان ادعاه وقلنا الاخوة لاب لا تثبت الا بواسطة الاب ولا اب لهما فلا تثبت الاخوة لاب كما في ولد الزنا وان خلقا من ماء واحد اذا كانا توامين وبالقضاء تبين ان النسب لم يكن ثابتا من الملاعن لا ان كان ثابتا فانقطع

اذا عرفت هذا فلو ترك ابن الملاعنة بنتا واما فالمال بينهما ارباعا فرضا وردا عند علي وهو مذهبنا وعند زيد للبنت النصف وللام السدس والباقي لبيت المال وفي رواية عن ابن مسعود الباقي للام عصوبة وهو رواية عن احمد وقول الحكم بن عيينة وفي رواية عن ابن مسعود الباقي لاقرب عصوبة امه كما قلنا وهو قول ابرهيم ولو ترك بنتا واما واخا توأما فعندنا المال بين البنت والام ارباعا فرضا وردا ولا شي للتوام كما ذكرنا وعلى قول ملك الباقي للتوام بالعصوبة وعلى قول ابرهيم الباقي للاخ توما كان او غيره لانه اقرب عصوبة لامه ولو ترك ابن ابن الملاعنة بنتا واما وعما فعندنا هذا والاول سوا ولا شي للعم وهو قول الجمهور لانه عم لام فلا يكون عصبة وعلى قول ملك ان كان العم توما مع ابيه الباقي للعم لانه عصبة وعند ابرهيم الباقي للعم لانه اقرب عصبة امه فلو لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فعندنا هو بين ذوي الارحام كميراث غيره وهكذا روي عن علي وعند من جعل عصبة امه عصبته فالمال لعصبة امه مثاله ترك خالا وخالة فعندنا هو بينهما نصفين وعندهم هو للخال ولو اكذب الملاعن نفسه لحقه النسب بعد موته الا ان يكونا توامين مات احدهما واكذب نفسه والاخر باق وعند الاكثر يلحقه وقد مر في اللعان والحكم في ميراث ولد الزنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف الا ان الحسن بن صالح قال عصبة ولد الزنا ساير المسلمين لان امه ليست بفراش بخلاف ولد الملاعنة والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع النسب كما ذكرنا وولد الزنا لا يلحق الزاني اذا استلحقه عند الجمهور وعن الحسن وابن سيرين يلحق الواطي اذا اقيم عليه الحد او ملك الموطوءة وروى بن عاصم عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال لا ارى باسا اذا تزوجها الزاني مع حملها وستر عليها والولد ولد له النوع الثاني العصبة السببية وهو المعتق ثم عصبته من الذكور على الترتيب المذكور في العصبات وقد مر الكلام فيه على الاستقصا في كتاب الولا ثم اخر العصبات مولى العاقد وهو مقدم على ذوي الارحام والرد عند الجمهور من الصحابة والتابعين وعن عمر وعلي رضي الله عنهما تقديم الرد على المولى وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذوي الارحام على المولى وبه اخذ ابرهيم النخعي لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال في المعتق هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته فقد شرط في توريث مولى العتاقة ان لا يدع المعتق وارثا فيكون الرد مقدما وذو الارحام ايضا لانهم من جملة الورثة قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله ولان ذا الرحم قريب والميراث يبنى على القرب وبالولا لا تثبت القرابة فيكون بعد ما عليه كما في ولا، لان الولا اضعف وجوه الميراث لما انه صلى الله عليه وسلم قال الولا لحمة كلحمة النسب شبهه بالنسب وما يشبه الشي لا يكون اقوى منه ولهذا يستحق بالقرابة الارث من الجانبين وبالولا لا يستحق من الجانبين والولا يحتمل الرفع في الجملة كما في جر الولا والقرابة لا تحتمل الرفع فكانت القرابة اقوى من الولا بخلاف الزوجية فانها تحتمل الرفع ويورث بها من الجانبين لما ان الزوجية اصل القرابات والقرابات تتفرع عليها وحكم الفرع يثبت في الاصل وان انعدم فيه معناه كما يعطى بيض الصيد حكم الصيد في حق المحرم مع ان بالزوجية لا تثبت العصوبة وكلامنا فيه وللعامة ما روي انه صلى الله عليه وسلم اعطى بنت حمزة نصف مال مولاها ونصفه لبنت المولى وهذا نص في الباب ان المولى مقدم على الرد وعلى ذوي الارحام لان من ضرورة ان يكون مقدما على الرد ان يكون مقدما على ذوي الارحام لان الرد مقدم عليهم ولهذا تبين ان مراده عليه الصلاة والسلام في قوله وان مات ولم يدع وارثا العصبة اليه اشار عليه الصلاة والسلام بقوله كنت انت عصبته

ولم

ولم يقل كنت انت وارثه يؤيده ما روي عن الحسن انه قال صلى الله عليه وسلم الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فللمولى واما قوله واولوا الارحام الاية فسبب نزوله ما روي انه عليه الصلاة والسلام لما قدم المدينة اخى بين المهاجرين والانصار وكانوا يتوارثون بذلك فنسخ الله تعالى ذلك بهذه الاية وبين ان الرحم مقدم على المواخاة والموالاة وبه نقول ولان الولا العتاقة بمنزلة الابوة صورة لان المعتق ينسب الى معتقه بالولا كما ينسب الابن الى الاب وكذا معنى لان الاب سبب لحياة الولد كما ان المعتق سبب لحياة المعتق معنى فان الحرية حياة والرق بمنزلة الموت باعتبار عدم قدرته على التصرف كالحرية المالكية غاير الانسان الحيوانات اليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الحديث فعرفنا انه بمنزلة الولادة الا ان هذا المعنى يوجد من الاعلى خاصة دون الاسفل بخلاف الولاية فان حقيقة البعضية تشمل الجانبين فلهذا يثبت الارث هناك من الجانبين واذا ثبت ذلك كان المستحق بالولا العصوبة وتقديم العصبة على ذوي الارحام ثابت بالنص والاجماع كذا في شرح السرخسي ولا شي للاناث من ورثة المعتق وقد مر في الولا وقيل لو لم يترك الا بنت المعتق يدفع المال اليها لا ارثا بل لانها اقرب وكذا الفاضل عن فرض احد الزوجين يدفع اليه بالرد وكذا يدفع الى البنت والابن من الرضاع وبه يفتى لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة وفي المستصفى والفتوى اليوم على الرد على الزوجين عند عدم المستحق لعدم بيت المال والظلمة لا يصرفون مال بيت المال الى مصرفه وهذا كما نقل عن بعض اصحاب الشافعي انهم يفتون بتوريث ذوي الارحام لهذا المعنى

فصل في الموانع من الارث

وهي اربعة الاول الكفر اجمع اهل العلم على ان الكافر لا يرث من المسلم وكذا المسلم لا يرث من الكافر عند جمهور الصحابة واكثر التابعين والفقها وفي رواية عن احمد انه قال يرث بالولا لا غير وهو قول ملك في مولاه النصراني وهو قول اهل الظاهر وروي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز فمال على الولا شعبة من الرق ومال المرقوق لمولاه وللجمهور عموم قوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر ولانه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب ولانه صلى الله عليه وسلم قال الولا لحمة كلحمة النسب فلا يرث به كهو وعليه العمل وعن معاذ ومعاوية انهما ورثا المسلم من الكافر وهو احد قولي ابي بن كعب وبه قال محمد ابن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وابن المسيب ومسروق والشعبي والنخعي وعبد الله بن معقل ويحيى ابن يعمر واحتج يحيى بما روي عن معاذ انه قال قال عليه الصلاة والسلام الاسلام يزيد ولا ينقص يعني يزيد في حقوق من اسلم ولا ينقص شيا من حقه وقال عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ومن العلو ان يرث المسلم من الكافر ولا يرث الكافر من المسلم ولان مبنى الميراث على الولاية والمسلم من اهل الولاية على الكافر من غير العكس الا ترى ان شهادته تقبل على الكافر ولهذا لو مات الذمي ولم يترك وارثا يرثه المسلمون بان يوضع في بيت المال وكذا ارث المسلم من المرتد وقد مر وهذا قياس وقول العامة استحسان ووجهه قوله صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى وقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر متفق عليه رواهما ابو داود ولما مات ابو طالب ترك عليا وجعفرا وعقيلا وطالبا فورث النبي صلى الله عليه وسلم عقيلا وطالبا لانهما كافران وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل ترك لنا عقيل من دار فانه كان على دين ابيه فعمها بمكة فباع رباعه بمكة ولم يورث عليا وجعفرا لانهما مسلمان ولان الولا منتف بين الكافر والمسلم قال تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض فدل ان لا ولاية بين المسلم والكافر فان كان المراد به الارث فهو اشارة الى انه لا يرث المسلم الكافر وان كان المراد تعلق الولاية ففي الارث معنى الولاية لانه يخلف المورث

في ماله ملكا ويدا وتصرفا ومع اختلاف الدين لا تثبت ولان مبنى الميراث على الولاية لما روينا
واما انه اراد ان الاسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد ولا ينقص الاسلام ولا ينقص بمن
يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم فكان حديثهم وحديثنا مفسرا وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا
متفق عليه واما قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى في المولود بين مسلم وكافر
فيعتبر جانب الاسلام ويحكم باسلامه ولهذا قال محمد رحمه الله في الدعوى رجل مات وله ابنان
احدهما مسلم والاخر كافر فادعى المسلم انه مات مسلما وادعى الكافر انه مات كافرا ولو برهنا فالبينة
بينة المسلم عندنا فرجح الاسلام عملا بهذا الحديث اذ المراد منه العلو من حيث الحجة او من حيث
القهر والغلبة فيكون المراد ان النصر في العاقبة للمسلم قال السرخسي ولان الارث نوع ولاية
بالسبب الخاص وهو القرابة فلا تثبت بين المسلم والكافر لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترائى نارهما وبين
ابي جهل ولهذا لا يعتبر ولا التزوج فيهما في ظاهر الرواية اما التوريث بالسبب العام وهو بيت
المال تثبت للمسلم على الكافر كولاية الشهادة وولاية السلطنة ولا تثبت للكافر على المسلم بحال
واما المرتد فالارث للمسلم منه يستند الى حال اسلامه ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله يرث منه
كسب اسلامه ولهذا لا يرث هو من المسلم وقد مر في باب المرتدين اما الكفار يتوارثون بينهم اذا
كان دينهم واحدا باجماع اهل العلم اما لو اختلفت اديانهم فعندنا يتوارثون لان الكفر كله ملة
واحدة وبه قال الشافعي واحمد في رواية وحماد وابن شبرمة وداود وعن بعض اصحاب الشافعي
انهم لا يتوارثون الا عند اتفاق الاعتقاد وقال مالك واحمد في رواية وابن ابي ليلى وشريح
والحسن بن صالح وعطا وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري والحكم والثوري والليث ووكيع وشريك
والزهري وربيعة وطائفة من اهل المدينة واهل البصرة واسحق لا يتوارثون عند الاختلاف
وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لان الكفر ملل وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتوارث
اهل ملتين شتى واستدلوا على تغاير مللهم بقوله تعالى ان الذين امنوا والذين هادوا والنصارى
وقال تعالى ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم ومعلوم ان اليهود لا ترضى الا باتباع
اليهودية وكذا النصارى وان النصارى يقرون بنبوة عيسى عليه السلم واليهود ينكرون
فكان ملة احدهم غير ملة الاخر كالمسلمين مع النصارى وبه فارق اهل الاهواء لانهم يتفقون على
الاقرار بالرسل والكتب وانما الاختلاف بينهم في تاويل الكتاب والسنة وذلك لا يوجب اختلاف
الملة فيما بينهم وقد يوجد مثل ذلك فيما بين النصارى كالنسطورية والملكانية واليعقوبية
وفيما بين اليهود ايضا كالفرعية والسامرية وقال ابن ابي ليلى اتفق اليهود والنصارى على
دعوى التوحيد وان اختلفت نحلهم بخلاف المجوس فانهم يدعون الاثنين ولا يقرون بنبوة نبي ولا
بكتاب منزل ولا يوافقهم اهل الكتاب في ذلك فكانوا اهل ملتين ولنا ان الكفر كله ملة واحدة
كالاسلام لقوله تعالى لكم دينكم ولي دين خاطب جميع الكفار وجعل الله الناس فريقين حيث قال فريق
في الجنة وفريق في السعير وقوله تعالى هذان خصمان اختصموا في ربهم هذا خصمان يعني الكفار
اجمع مع المومنين ولان قوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض عام في جميع الكفار ولان الكفار
باسرهم ينكرون رسالة محمد صلى الله عليه وسلم والقران فكانوا في حق المسلمين اهل ملة واحدة وان
اختلفت نحلهم فيما بينهم الا ترى ان من يعبد الشمس ومن يعبد الزهرة وغيرها من الكواكب اهل ملة
واحدة في السرك وان اختلفت نحلهم فيما بينهم وكذا من يعبد صنما ومن يعبد صنما اخر ويكفر كل واحد
صاحبه وهم اهل ملة واحدة بالاجماع فصاروا كاهل الاهواء من المسلمين واما المراد من قوله

صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى الكافر والمسلم حيث فسر الملتين بقوله لا يرث الكافر
المسلم ولا المسلم الكافر اذ في تخصيصه على الوصف العام في موضع التفسير بيان انهم في حكم التوريث
اهل ملة واحدة دون حل الذبيحة والمناكحة لما ان حل الذبيحة والمناكحة في الكتابي بناء على اظهار
التوحيد وادعائه وان كانوا يضمرون الشرك بخلاف المجوس فانهم لا يدعون التوحيد فلا يصح
منهم تسمية الله تعالى وهو شرط الحل كذا في شرح السرخسي اجمع اهل العلم ان الكفار لا يرثون
بنكاح المحارم في نكاح اعتقدوا صحته واقروا عليه بعد اسلامهم يتوارثون به وبنكاح لم يقروا
بعد اسلامهم فهل لا يتوارثون ولو طلق الكافر امراته ثلاثا ثم اسلما ومات احدهما لم يتوارثا به
لانه لم يقرا عليه ولو مات احدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع ولو تزوجها بغير شهود ثم
مات احدهما ورثه الاخر عندنا وبه قال الشافعي واحمد وعند زفر وقد مر شيء من ذلك في النكاح
ويرث الكافر بالسببين كالمسلم وبه قال الشافعي في قول واحمد واسحق وداود والنخعي والثوري
وابن ابي ليلى وحكي ابن ادم وقتادة وقال الشافعي في الصحيح يرثه باقوى القرابتين وهي التي لا
تسقط بحال وبه قال مالك والاوزاعي والزهري والحسن والليث وحماد لانهما اسمان لا يورث
بهما في الاسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو اسقطت احديهما الاخرى وقلنا قرابتان يرث بكل
واحدة منهما منفردة لا يحجب احديهما الاخرى فيرث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم او ابن عم هو اخ
من ام وقياسهم فاسد لان القرابتين في الاصل يسقط احديهما الاخرى اذا كانا في شخصين وهو لم
لا يرث بهما في الاسلام ممنوع كما قلنا في ابن عم هو زوج او اخ من ام الثاني اختلاف الدارين
حقيقة كما في الذمي والحربي في دار الحرب داري مختلفين واختلاف الدار باختلاف
المنعة والملك لانقطاع العصمة فيما بينهم [illegible] القتال مع الاخر اما لو كان من الملكين
نصرة وامانة حتى لو ظهر عدو لاحدهما نصره [illegible] لف الدار وكانا كدار واحدة اما اهل
العدل والبغي يتوارثون وان اختلفت المنعة والملك لان دار الاسلام كدار واحدة اما دار الاسلام
ودار الحرب ليستا كدار واحدة لان احدهما دار الاحكام والاخرى دار قهر وغلبة او حكما كالذمي
والمستامن وكالحربيين من دارين مختلفين او دخلا دارنا بامان فان احدهما لا يرث الاخر وان كانا على
دين واحد اذ المستامن من اهل داره حكما لا حقيقة ولهذا يمكن من الرجوع الى داره وقال الشافعي واحمد
لا يرث حربي ذميا ولا ذمي حربيا لانقطاع الولاية بينهما فاما المستامن يرثه اهل الحرب واهل دار
الاسلام ويرث اهل الحرب بعضهم بعضا وان اختلفت دارهم كالمسلمين وان اختلفت الدار بهم
لعمومات النصوص التي تقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب
العمل بعمومات النصوص ولان مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى دليل
ان اهل ملة واحدة يرثه وان اختلفت دارهم وقلنا قد ثبت ان الميراث مبني على الولاية واتفاق
الملة وههنا ان اتفقت ملتهم فقد انقطعت الولاية بينهم باختلاف الدارين الا ترى انه يمنع قبول الشهادة
لانها من الولاية فيمنع التوارث ايضا وما ذكر من العمومات لم يبق على عمومه بالاجماع لخروج الرقيق
والذمي والحربي فيجوز ان يخرج من اختلف دارهم بالقياس وما ذكر ابن قدامة الحنبلي في المغني فجعل ابو حنيفة
رحمه الله اختلاف الدار وانفاقها ضابطا للتوريث وعدمه ولا نعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة
ضعيف لانا نقول نعم انت لا تعلم ولكن ابو حنيفة رحمه الله علم من اشارات النصوص والقياس عليها
كما ذكرنا ان مبنى الميراث على الولاية واتفاق الملة وقد عدم احدهما وذكر في بعض شروح الفرائض
ان اختلاف الدار انما تؤثر في حق الكفار لا في حق المسلمين حتى يرث الباغي من العادل وعلى العكس

وان اختلفت ملكهم ومنعتهم اد خال المسلم في دار الحرب كحاله في دار الاسلام والمسلم من اهل
دار الاسلام حيث ما يكون ولهذا لو دخل مسلم دار الحرب بامان ومات لم يرثه المسلم الذي في دارنا
قال سحي رحمه الله هذا لا يكاد يصح لما ان ابا اليسر ذكر في شرح فرايض المبسوط المسلم لا يرث من
المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا وكذا العكس وان كان المسلم الاصلي مستامنا في دار الحرب
لانه من اهل دار الاسلام فاختلف بهما الداران وهكذا ذكر في شرح فرايض السراجي لمصنفه وفي بعض شروح
فرايض المبسوط لبعض المشايخ واما توريث المسلم الاصلي من المسلم المستامن في دار الحرب باعتبار انه
من اهل دار الاسلام حكما وان كان في دار الحرب حقيقة لانه انما دخل في دار الحرب على سبيل العارية
فلم يسقط حكم دار الاسلام ولهذا لم يبن امراته ولو قتله مسلم يجب عليه الدية والكفارة اليه
اشار في الايضاح واما المسلم الذي لم يهاجر اذا قتل لم يجب الدية واما مسئلة العادل والباغي
فجريان التوارث باعتبار الاختلاف لم يتحقق لان اهل البغي ملتزمون احكام الاسلام ودار الاسلام
دار احكام فباختلاف المنعة والملك لا يتباين الدار فيما بين المسلمين لان حكم الاسلام يجمعهم بخلاف
اهل الحرب اذا اختلفت منعتهم وملكهم حيث يختلف به الدار لان دار الحرب دار قهر لا دار احكام
فلهذا افترقا الثالث الرق وهو مانع وان كان كاملا كالقن او ناقصا كالمكاتب والمدبر وام الولد
اجمع اهل العلم ان العبد لا يرث لقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ومتى ورث صار
قادرا على شيء ولقوله صلى الله عليه وسلم العبد وما في يده لمولاه فلو ورثناه كان للمولاه ولا قرابه
بين مورثه ومولاه وكذا المدبر وام الولد بالاجماع .... عنه باجماع اهل العلم لانه لا مال له
فكيف يورث عنه اما المكاتب هل يورث .... فا وقد مر في باب المكاتب واما
المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة .... ونصف ولايه تكان كالمكاتب
في الارث والحجب وعندهما حر مديون .... ويحجب ذكره شمس الائمة في شرحه وبقولهما قال
الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والثوري وابن ابي ليلي والحكم وحماد ويحيى بن آدم وداود
وابن عباس وقال ملك لا يرث ولا يورث وبه قال الشافعي في القديم وهو قول زيد وقال احمد
والمزني وابن المبارك وحمزة الزيات واصحاب الظاهر يرث ويورث عنه ويحجب على قدر ما فيه
من الحرية وهو قول علي وابن مسعود وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بحريته الجزء لورثته ولا يرث
هو ممن مات شيا وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وابو ثور وفي الفرايض العثمانيه هذا الخلاف بين
اصحابنا في الذي يسعى لفكاك رقبته كمعتق البعض اما لو كان يسعى لحق رقبته كالعبد المرهون اذا اعتقه
الراهن فهو كالحر يرث ويرث عنه بلا خلاف الرابع القتل اجمع اهل العلم على ان القاتل عمدا
لا يرث الا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير انهما ورثاه وبه قال الخوارج والاصم وابن علية
لان اية المواريث تتناوله بعمومها ولا يعول على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ليس لقاتل شيء من الميراث رواه ملك في الموطا واحمد باسناده وعمر اعطى
دية ابن قتادة المدلجي لاخيه دون ابيه وكان ابوه حذفه بسيف فقتله واشتهرت هذه القضيه
بين الصحابه فلم ينكر احد فكانت اجماعا اما القتل خطا فذهب كثير من اهل العلم الى انه لا يرثه ايضا
وروي عن ابن المسيب وعمرو بن شعيب وعطا والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وملك
وابي ثور وابن المنذر وابن ابي ذويب وداود انهم قالوا يرث من المال دون الدية ونحوه عن علي رضي
الله عنه لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنه وخص قاتل العمد بالاجماع فبقي على العموم فيما سواه ولنا
عموم الاحاديث كما روينا ولان من لا يورث من الديه لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في

الدين والعمومات مخصوصة بالاجماع وعن عثمان البتي القتل الخطا لا يوجب حرمان الميراث
لان الاثم لم يتعلق به فصار كقتل الصبي والمجنون ولا قصد الاستعجال من المخطي لا يتحقق كما في الصبي
والمجنون فلا يحرم عن الميراث ولنا ما روي عن عدي الجذامي قال كان لي امراتين يتحاورتا فرمى
عدي احديهما بحجر فماتت فسال عدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة عن شان المراة
المقتوله فقال النبي اعقلها ولا ترثها ولم يفصل بين الديه وساير اموالها ولم يفصل ايضا بين ما اذا
كان القتل عمدا او خطا ولو كان الحكم يختلف لاستفسر والظاهر انه كان خطا فان الظاهر انه
قصد تاديبها لا قتلها فعلم ان قتل الخطا يوجب حرمان الميراث من الديه ومن ساير امواله وروي
ابن ابي مليح في حديث المدلجي ان السيف اصاب رجليه بغير قصد فعرمه عمر وروي عن علي رضي الله عنه
انه قال لرجل رمى بحجر فاصاب امه فماتت فقال له ميراثك منها الحجر وروي ان رجلا قتل اخاه خطا
فسئل ابن عباس عن ذلك فلم يجعل له ميراثا ولان حرمان الميراث جزا القتل المحظور شرعا والقتل
الخطا محظور لان ضد المحظور المباح والمحل غير قابل للمباح ولهذا يتعلق به كفاره وهي ستارة للذ
وحرمان الميراث شرع عقوبة والمخطي يجوز ان يعاقب بعقوبه مالي او بدني وحرمان الميراث نظير
الكفاره لا نظير القصاص والمخطي اذا كان مكلفا يتهم في القصد الى استعجال الميراث لان من الجايز
انه قصد الا انه اظهر الخطا من نفسه والقصد الى استعجال الميراث صحيح اذا كان مكلفا بخلاف
الصبي والمجنون فان التهمه منهما منفيه لانهما لا يعرفان ذلك ولهذا لا يجب عليهما الكفارة اليه
اشار في شرح الجواهر زاده اما القتل .... كواضع الحجر وحافر البير لا يحرم عن الميراث عندنا
لعدم وجوب القصاص والكفاره .... مر في اول الجنايات واما القتل بحق
كقتل مورثه قصاصا او دفعا عن نفسه او .... العادل الباغي لا يحرم الميراث عندنا وبه
قال ملك وقال الشافعي القتل يمنع الميراث بكل .... وبه قال احمد في روايه وقال بعض اصحابه
ان كان القتل بحق ولم يمكن فيه شبهه الاستعجال .... فانه لا يوجب حرمان الميراث نحو الحاكم
اذا قتل مورثه دفعا عن نفسه او شهد الشهود عند الحاكم بقصاص على مورثه او بزنا فقضى بشهادتهم
فانه يحرم عن الميراث لان حرمان الميراث زجرا عن القصد الى الاستعجال ففي كل موضع تمكن فيه
تهمة الاستعجال فيه يحرم والا لا ومن لم يفصل يحتج بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث
لقاتل ولم يفصل بين قتل وقتل وقلنا حرمان الميراث حكم من احكام القتل فلا يتعلق بقتل حق كسائر
احكام القتل من القصاص والدية والكفارة والمراد في قوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل
القتل بغير حق لانه شرع عقوبة على قصد الاستعجال وذا يكون في القتل بغير حق ولان حرمان
الميراث يمنع اقامة الحدود الواجبه واستيفا الحقوق المشروعه والحرمان شرع زاجرا عن
القتل المحرم والمورث به نقضي اليه وفي المجتبى ذكر في الفرايض ان المانع من الارث اربعه
وهو اكثر منها فان جهالة تاريخ الموتى مانع كالحرقى ونحوه وكذا جهالة الوارث وذلك في خمس
مواضع احدها ما لو وضع ولده ليلا في فنا مسجد ثم ندم وجا ليرفعه فاذا فيه ولدان ولا يعرف
ولده ومات قبل الظهور لا يرثه واحد منهما ويوضع ماله في بيت المال ونفقتهما على بيت المال
ولا يرث احدهما من صاحبه وثانيها ارضعت صبيا مع ولدها وماتت ولا يعلم ولدها لا
يرثها واحد منهما ولا كل واحد من صاحبه وثالثها حرة وامة ولدت كل واحدة في بيت
مظلم ولا يعرف ولد الحره من الامة لا يرث واحد منهما ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لمولى
الامه ورابعها استاجر نصراني ومسلم ظيرا لولديهما وكبرا ولا يعرف ولد النصراني فالولدان

لا يرثان من ابويهما وخامسها ان امة وابن حرة ارضعته ظئر حتى كبرا ولا يعرف ولد الحرة ويهما حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لمولى الامة ولا يرثان من ابويهما كذا ذكر في ...

فصل في الحجب

الحجب لغة المنع ومنه الحجاب لانه يمنع الناظر عن النظر الى ما وراءه وحاجب الامير لانه يمنع الناس عن الدخول عليه والتكلم معه وشرعا حجب شخص مخصوص عن ميراثه وهو نوعان حجب عن كل ميراثه ويقال له حجب حرمان وعن سهم الى سهم اقل منه ويقال له حجب نقصان وهذا مبني على اصول وهو ان كل من يدلي الى الميت بشخص لا يرث بوجود ذلك سوى اولاد الام فذلك الشخص يحجب حجب الحرمان كما في العصبات وبعض اهل الفرض وقد مر في اثنا مسايل العصبات وبعض مسايل اصحاب الفروض ولو كان يرث مع وجوده ولكن مع عدمه ياخذ اكثر فهو حجب نقصان كالام ماخذ الثلث عند عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة والاخوات وعند وجود الولد او ولد الابن او الاثنين من الاخوة والاخوات السدس كما مر في فصل اصحاب الفروض والمحروم لا يحجب عندنا وهو قول علي وزيد وعامة الصحابة وعند ابن مسعود يحجب حجب النقصان كالكافر والقاتل والرقيق ذكره في الاسرار والمبسوط وشروح الفرايض ذكر محمد عن الشعبي في امراة مسلمة ماتت وتركت زوجها مسلما واخوين من امها مسلمين وابنا نصرانيا او يهوديا او مشركا قال علي وزيد لزوجها النصف ولاخويها الثلث بقي سدس المال فهو للعصبة وعند ابن مسعود للزوج الربع وليس للاخوين لام ميراث وما بقي فهو للعصبة وهذه الرواية تدل على ان عند ابن مسعود المحروم كما يحجب حجب النقصان يحجب فصار عنه في حجب الحرمان بالمحروم روايتان وجه قول ابن مسعود ان حجب النقصان ثابت بالنص باسم الولد والاخ وبالكفر والرق والقتل لا يتغير هذا الاسم بخلاف حجب الحرمان لانه باعتبار تقديم الاقرب على الابعد وانما يتحقق ذلك اذا كان الاقرب مستحقا وحجب النقصان باعتبار ان السبب مع وجود الولد والاخوة والاخوات لا يوجب له الا الاقل وفي هذا المعنى لا فرق بين ان يكون الولد والاخ وارثا او لا ولا يقال من لا يرث جعل كالميت فلا يحجب لان هذا يشكل بما لو ترك ابوين واخوة فللام السدس والباقي للاب والاخوة حجبوا من الثلث الى السدس ولم يرثوا فجاز ان يحجب الكافر او العبد وان كان لا يرث قلنا الكافر والعبد ليسا باهل للميراث من المسلم والحر والعبد بعدم بفوات الاهلية وبفوات شرط من شرايط الانعقاد كما ان بيع المجنون غير منعقد لفوات الاهلية وبيع الحر غير منعقد لفوات شرط الانعقاد واذا انعدمت الاهلية صار وجود من ليس باهل كعدمه ولهذا لو ترك ابا وجدا وابوه مملوك او كافر كان الجد يرث منه قال الطحاوي اجمع العلماء على ذلك بخلاف الاخوة مع الاب لان الاخ اهل للميراث لانه حي مسلم واهلية الارث تثبت بها الا انه لم يعمل العلة عملها لفوات شرط عملها لا لعدم انعقادها كما في البيع بالخيار فلم يمكن ان يجعل الاخوة موتى بخلاف ما نحن فيه فانهم كالموتى في حق الميراث لعدم الاهلية فكذا في حق الحجب وكما ان الرق لا يخرج من كونه ولدا وكذا الموت لا يخرج منه ثم يشترط كونه حيا للحجب فكذا يشترط كونه اهلا للارث والمراد بالولد المذكور ولد الوارث لانه عطف على الولد المذكور في اول الاية وهو قوله يوصيكم الله في اولادكم الاية فقد ذكر الولد الوارث في اولها وذكر هذا الولد بعده فصار فان لم يكن لهن ولد وارث اليه اشار اليه شيخ الاسلام وشمس الائمة بوجه انه تعالى ذكر الاولاد في اول الاية معرفا بالاضافة ثم ذكر الولد منكرا والمعرفة اذا اعيدت مكررة كانت الثانية عين الاولى كما في قول الشاعر

صفحنا عن بني هذيل وقلنا القوم اخوان • عسى الايام ان يرجعن يوما كالذي كانوا • قيل وفيه نوع تامل

اما المحجوب يحجب بلا خلاف بين الصحابة لان عند ابن مسعود المحروم يحجب فالمحجوب بالطريق الاولى

فصل في العول

اعلم ان معرفة العول يحتاج الى معرفة مخارج الفروض فالفرض نوعان الاول النصف والربع والثمن والثاني الثلثان والثلث والسدس على التضعيف والتنصيف وهو ظاهر وبعض الفرضيين جعلوا الكل نوعا واحدا فقال نسبة الثمن الى السدس كنسبة الربع الى الثلث وكنسبة النصف الى الثلثين لان الثمن ثلاثة ارباع السدس والربع ثلاثة ارباع الثلث والنصف ثلاثة ارباع الثلثين ويتضح هذا في اربعة وعشرين فانه يخرج لجميع الفروض حتى قيل لو تصور اجتماع هذه الفروض في حادثة واحدة لكانت تخرج من اربعة وعشرين فيخرج كل من النوعين مفردا ومختلطا اقل عدد يخرج منه ذلك الكسر صحيحا كالاثنين للنصف والاربعة للربع والنصف وثلاثة الارباع والثمانية للنصف والربع والثمن والسبعة للاثمان والثلاثة للثلث والثلثين والستة للنصف والثلث والسدس وخمسة اسداس ويخرج مختلطات النوعين ينحصر في ستة واثني عشر واربعة وعشرين لان النصف اذا اختلط ببعض الصنف الثاني او بجميعه يخرج من ستة والرابع اذا اختلط ببعضه او بجميعه يخرج من اثني عشر والثمن اذا اختلط بعضه او بجميعه يخرج من اربعة وعشرين فمخارج الفروض هذه الثلاثة واثنان وثلاثة واربعة وثمانية ولا يقال لا يتصور ان يجمع الثمن مع الثلثين والثلث والسدس لانه في حال ما يكون للمراة الثمن يكون صاحب الثلثين بنتين وصاحب السدس اما او جدة الا انه لا يجيء الثلث لان صاحب الثلث اما الام او اولادها والام حجبت من الثلث الى السدس واولاد الام حجبوا من جميع الثلث فانعدم صاحب الثلث لانا نقول يستقيم على اصل ابن مسعود فان الثمن يتصور ان يجمع مع الثلث والثلثين والسدس على اصله وهو ان المحروم يحجب حجب النقصان كما لو ترك امرأة واختين لاب وام واختين لام وابنا محروما فعندنا اصل المسألة من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر والابن المحروم جعل كالمعدوم وعنده من اربعة وعشرين وتعول الى احدى وثلاثين لان الابن المحروم يحجب المراة من الربع الى الثمن وذلك يكفي للتصور ثم ان ضاق المخرج عن فرض يزاد ذلك على المخرج وهو العول والعول لغة اما الميل الى الجور ومنه قول ابي طالب

بميزان صدق لا تعول شعيرة • ووزان صدق وزنه غير عايل •

اي لا يميل مقدار شعيرة ويقال عالني يعولني اي غلبني ويقال عال الميزان اذا ارتفع والعول ايضا عول الفريضة وان تزيد سهاما فيدخل النقصان على اهل الفرايض قال ابو عبيدة اظنه ماخوذ من الميل لان الفريضة اذا عالت تميل على اهل الفرايض جميعا فتنقصهم كذا في الصحاح ثم العول ثابت عند عامة الصحابة ومن بعدهم وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وزيد والعباس وفقهاء الامصار وروي عن ابن عباس انه قال في زوج واخت لاب وام من شاء باهلته ان المسايل لا تعول وسميت هذه المسألة مسألة المباهلة بذلك وبقوله قال محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين زين العابدين وعطاء وداود وروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة قال لقيت زفر بن اوس البصري فمضى الى ابن عباس نتحدث عنده فقال ابن عباس ان الذي احصى رمل عالج عددا اعدل من ان يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا هذان النصفان ذهبا بالمال فاين موضع الثلث وايم الله لو قدموا من قدم الله واخروا من اخر الله ما عالت فريضة ابدا قال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي اخره الله فقال الذي اهبط من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه الله ومن الذي اخره اهبط من فرض الى ما بقي فذلك الذي اخره الله تعالى قال زفر فمن اول من اعال الفرايض قال عمر فقلت الا اشرت اليه فقال هبته وكان امرأ مهيبا يريد بقوله من اهبط من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه الله تعالى ان الزوجين والام لكل واحد منهم فرض لم يحطا الى فرض آخر لا ينقص منه واما من اهبط من فرض

الى ما بقى يريد البنات والاخوات فعرض هن فاذا كان معهن اخوتهن وَرَثوا بالتعصيب فكان لم
ما بقى قل او كثر وكان هذا مذهبه ان الفروض اذا ازدحمت والنقص على البنات والاخوات لان
اصحاب الفرايض مقدمون على العصبات لقوتهم ولا يعلم اليوم قايل بمذهبه للعامة ما روى عن
عمر رضى الله عنه انه حين وقع العول شاور الصحابة فاشار العباس بصحة العول قالوا اعيلوا الفرايض
فتابعوه ولم ينكروا عليه الا ابنه ولان الله تعالى فرض للاخت او البنت النصف كما فرض للزوج
النصف وفرض للبنتين او الاختين الثلثين كما فرض الثلث للاختين لام ولا يجوز اسقاط فرض بعضهم
مع نص الله تعالى بالراى والتحكم ولم يمكن الوفا بها فوجب ان يتساووا فى النقص على قدر الحقوق كالوصايا
والديون ويلزم على قول ابن عباس مسئله فيها زوج وام واخوان من ام فان حجب الام الى السدس
خالف مذهبه فى حجب الام باقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص من الاخوين لام فقد رد النقص
على من لم يهبطه الله تعالى من فرض الى ما بقى وان عال رجع الى قول الجماعة وقوله منعنى هيبته
غير مستقيم لان عمر لم يكن يزجر الناس عن الحق لقبول الحق من الكل فى العسه فى الاصول ولريب
هذا الامر الجايز ان لم يظهر لانه علم ان عمرا فقيه مذ فلم يظهر رايه فى مقابلة رايه وما قال ابن حزم فى
جواب مسئله زوج وام واخوان لام وتورث من يرث بحال وسقط بحال وهم بنو الام فانه يورث
من نص الله تعالى على ميراثه ولا يسقط بحال وكانوا اسوا حالا وبعد استيفا ما نص الله تعالى عليه اى
نفضل شى اخر والا لا اذ ليس فى وسع المكلف الا هذا ممنوع وغير مستقيم اذ فى هذا الاعتبار التفاوت
فى حاله الاستحقاق وفى غير حاله الاستحقاق وهم اسوا حالا وفى وسع المكلف ان تقسم الحق على
قدر حقوقهم كما فى الوصايا والديون ثم اعلم ان مجموع المخارج سبعة اربعة منها لا تعول
الاثنان والثلاثه والاربعه والثمانيه لان العول انما يقع اذا اجتمع الفرايض وضاق المال عن ايفا
الكل وفى هذه المخارج اما ان تم المال او بقى شى من المال لان ما خرج من سهمين نصفان كزوج واخت
لاب وام او نصف وما بقى كزوج واخ لاب وام وما خرج من ثلاثه ثلث وما بقى كام واخ لاب وام
او ثلثان وما بقى كبنتين واخ لاب وام او ثلث وثلثان كاختين لام واختين لاب وام وما خرج من اربعه
ربع وما بقى كزوج وابن او ربع ونصف وما بقى كزوج وبنت واخ لاب وام او ربع وثلث وما بقى
كامراه وابوين وما خرج من ثمانيه ثمن وما بقى كامراة وابن او ثمن ونصف وما بقى كامراة وبنت واخ
لاب وام وثلاثه قد تعول الستة تعول الى العشرة وترا وشفعا فلو اجتمع نصف وثلثان تعول الى
سبعة كزوج واختين لاب وام او اجتمع نصفان وسدس كزوج واخت لاب وام واخت لاب وتعول ايضا
الى ثمانيه كزوج واختين لاب وام وام او كزوج واخت لاب وام واختين لام او كزوج واخت لاب
وام واخت لاب واخت لام وتعول ايضا الى تسعه كزوج واختين لاب وام واختين لام او كزوج واخت
لاب وام واخت لاب واختين لام وسميت هذه المسئله مروانيه لانها وقعت فى ايام بنى امية وكان
الزوج بعض بنى مروان فاراد ان يستبد بنصف المال كملا فسالوا عنها فقها الحجاز فقالوا الثلث المال
وسميت الغرا ايضا لاشتهارها بينهم او كزوج واخت لاب وام واختين لام وام او كزوج وام وثلاث
اخوات متفرقات وتعول الى العشره كزوج واختين لاب وام واختين لام وام وسميت شريحية
لانها وقعت فى زمان قضايه فاعطى للزوج ثلاثه من عشرة وكان الزوج يطوف البلاد ويقول ما تقولون
فى امراه ماتت وتركت زوجا ولم تترك ولدا ولا ولد ابن فما ذا يكون له فقالوا للزوج النصف وهو
يقول ان شريحا لم يجعل لى نصفا ولا ثلثا فبلغ ذلك شريحا فقال اساءت القول وكتمت العول وفى
شرح السرخسى دعاه وقال للرسول قل له قد بقى لك شى عندنا نعزره فقال الرجل اهذا الذى

وَمُوالين

المسئلة الشريحية

كالذى

كان بقى لى عندك ما نشد • وحق الله ان الظلم لؤم • وما زال المسى هو الظلوم • الى ديان يوم الدين نمضى
وعند الله تجتمع الخصوم • فقال ما اخوفنى من هذا القضا لولا انه سبقنى له امام عادل ورع وهو عمر
رضى الله عنه وجواب لولا محذوف يعنى لولا سبقنى بهذا القضا عمر ما قضيت به وسميت ام الفروخ
ايضا لكثرة العول فيها وتعول الى العشره ايضا فى زوج وام وثلاث اخوات متفرقات • واما اثنى عشر
فتعول الى سبعه عشر وترا وتعول الى ثلاثه عشر كامراة واختين لاب وام واخت لام وتعول الى خمسة
عشر كامراه واختين لاب وام واختين لام وتعول الى سبعه عشر كامراة واختين لام وام او كثلث
ثلاث زوجات واربع اخوات لام وثمان اخوات لابوين وتعول الى سبعه عشر وتسمى ام الارامل
لان فى المسله كلها اناث • واما اربعه وعشرون فتعول الى سبعه وعشرين عولا واحدا كامراة وبنتان
وابوان وسميت منبريه لانها وقعت فى زمن على رضى الله عنه وصعد على منبر الكوفه ليخطب فقام رجل
وسال هذه المسلة فدرج الجواب فى الخطبة على البديهة فقال السايل اليس للزوجه الثمن فقال
صار ثمنها تسعا ومضى على خطبته فتحيرت الصحابة من دقة فهمه وسرعة جوابه وكان على ماهرا فى
علم الحساب حتى روى ان نصرانيا جا اليه فقال فى كتابكم ثلثمايه سنين وازدادوا تسعا وفى كتابنا
نصرانيا جا اليه فقال فى كتابكم ثلاث مايه سنين فلا يستقيم فخالف كتابنا كتابكم فقال على هذا مستقيم
لان ثلاث مايه سنين فى كتابكم على حساب اليونانيين وفى كتابنا على حساب العرب وثلاث مايه سنين
فى حساب اليونانيين على حساب العرب ثلثمايه سنين وتسع فتعجب النصرانى من جوابه على البديهة
فامن ولهذا قيل ان عليا كان معجزة من معجزات نبينا صلى الله عليه وسلم لانه مع تبحره فى العلم
وشجاعته فى الحرب كان منقادا مقرا بنبوته صلى الله عليه وسلم كذا فى شرح خواهرزاده •
ولا تعول الى اكثر من هذا الا على قول ابن مسعود لان عنده يحجب الزوجان والام بالولد المحروم
فعلى قوله اذا كانت امرامراه وبنت وست اخوات وولد محروم فللاخوات الثلثان
اربعه وعشرون وللام السدس اربعه وللمراة الثمن ثلاثه فصارت سبعة فتعول الى احد وثلاثين

فصل فى الرد

هو ضد العول اذ فى العول تفضيل السهام على المخرج
وفيه تفضيل المخرج اى الفرايض على السهام ولان حق اصحاب الفرايض ينتقص بالعول وتزداد
بالرد والرد فى الاصطلاح رد ما بقى من اصحاب الفروض عليهم بقدر حقوقهم عند عدم العصبة
الا على الزوجين وبه قال عامة الصحابة والتابعين وهو قول اصحابنا واحمد وعن ابن عباس فى
روايه يرد على ذوى الفروض الا على ثلاثه نفر الزوجين والجدة وعند ابن مسعود يرد عليهم
الا على سته نفر الزوجين وبنت الابن مع وجود البنت الصلبيه والاخت لاب مع وجود الاخت لاب
وام واولاد الام مع الام والجدة مع ذى سهم وبه قال ا فى رواية واصح مذهبه قول عامة
الرد وقال زيد بن ثابت لا يرد ما بقى من ذوى الفروض عليهم بل لبيت المال وهو قول الشافعى
ومالك والاوزاعى لانه تعالى قال فى الاخت ولها نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها الكل وهو
خلاف النص ولانها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج ولان الباقى مال لم يكن له مستحق بالنص
فيوضع فى بيت المال كما لو لم يترك احدا ولان الرد اما ان يكون باعتبار الفرضيه او العصوبة او
الرحم على مذهبكم ولا يجوز باعتبار الرحم لان الرحم مقدم على ذوى الارحام عندكم ولا باعتبار
العصوبة لان باعتبارها يقدم الاقرب فالاقرب ولا باعتبار الفرضيه لانه وصل الى كل ذى
فرض فرضه فبطل القول به فيوضع فى بيت المال ولنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى
ببعض فى كتاب الله وهولا من ذوى الارحام وقد ترجحوا بالقرب الى الميت فيكونون اولى من بيت

المال وقال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالي متفق عليه وفي
جميع المال وعنه عليه الصلاة والسلام انه قال تحرز المراة ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها والولد
الذي لاعنت عليه اخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان وخرج من ذلك ميراث غيرها
من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى
الله عليه وسلم ورث الملاعنة من ابنها اي ورثها جميع المال ولانها من ذوي الارحام وكانت احق بماله
من بيت المال كعصابة واما قوله تعالى فلها نصف ما ترك فلا ينفي ان يكون لها زيادة عليه بسبب
لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد لا ينفي ان يكون للاب السدس
وما فضل عن البنت بجهة التعصيب لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم لم ينف ان يكون للزوج
ما فضل اذا كان ابن عم او مولى وكذلك الاخ من الام اذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي
الفروض اذا كانت معتقة كذا هذا استحق النصف بالفرض والباقي بالرد واما الزوجان فليسا
من ذوي الارحام واما كون الرد مقدما على ذوي الارحام لما ان اصحاب الفروض ساووا ذوي
الارحام ورجحوا بالقرب وتبين من ذلك ان الرد انما يكون باعتبار الرحم لا بالعصوبة ولا بالفرضية
والزيادة على النص جائزة بالنص وذلك جائز كما ان نقصان الحد الشرعي في العول جائز بالاجماع وفي
الجدة قال ابن عباس لا يرد عليها لانها تدلي بالانثى والادلاء بالانثى ليس بسبب لاستحقاق العصوبة بحال
فكذا بالرد ولان استحقاق الجدة ضعيف فلا تستحق المزاحمة منهما وبين ما كان سببه قويا في المستحق
بالرد فالتعليل الاول خاص في الجدة الامية والثاني عام في الابوية والامية وقال ابن مسعود لا
يرد في بنت الابن ايضا لان البنت وبنت الابن في الرد بمنزلة الابن وابن الابن فيكون الاقرب مقدما
وكذا نقول في الاخت لاب ان ابن الاخت لاب وام والاخت لاب في الرد بمنزلة الاخ لاب وام والاخ
لاب فيكون ذو القرابتين مقدما وفي اولاد الام لا يرد عليهم مع الام كما لا يكون العصوبة لاولاد
الاب مع الاب ولكن الصحيح قول العامة لما ذكرنا ان ذا الرحم اولى من بيت المال ثم ان كان في
المسئلة من يرد عليه لا غير ففي جنس واحد كبنتين او اختين او جدتين فالمسئلة من رؤسهم اي من
اثنين وفي الجنس فصاعدا فمن سهامهم اي في اثنين في سدس جدة واخت لام وهلم جرا فان كان
مع الاول من لا يرد عليه اعط فرض من لا يرد عليه من مخرجه فان استقام الباقي على روس من يرد
عليه كزوج وثلاث بنات والا فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه ان وافق رؤسهم
الباقي كزوج وست بنات والا فاضرب كل رؤسهم والمبلغ هو التصحيح كزوج وخمس بنات وان
كان مع الثاني لا يرد عليه فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه والمبلغ مخرج فرض الفريقين كزوجة
وبنتين وجدة ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد فيما بقي من
مخرج فرض من لا يرد عليه ثم ان انكسر على البعض صحح المسئلة كما عرف

فصل في التصحيح

وهو تفعيل من الصحة التي هي ضد السقم والمراد منه ههنا ازالة الكسر الذي
يقع بين رؤس كل فريق من الورثة وبين سهامهم من اصل المسئلة ولا بد لمعرفة التصحيح من سبعة
اصول ثلاثة بين والروس وهي الاستقامة والموافقة والمباينة واربعة بين الروس وهي التماثل
والتداخل والتوافق والتباين اما الاستقامة وهي ان يكون سهام كل فريق منقسمة عليهم بلا كسر
والموافقة ان يكون الكسر على طائفة واحدة ولكن بين سهامهم ورؤسهم فيضرب وفق عدد
روس من انكسر عليهم في اصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة صورة العائلة ابوان وعشر بنات
فالمسئلة من ستة للابوين السدسان وذلك سهمان تستقيم عليهما وللبنات الثلثان وذلك اربعة لا

تستقيم على عشر ولكن بين العددين موافقة بالنصف لان العدد العادل لهما اثنان وهو مخرج النصف
فضربت نصف عدد رؤسهن في اصل المسئلة وذلك ستة تبلغ ثلاثين فمنه تصح المسئلة وصورة
العائلة زوج وابوان وست بنات فالمسئلة من اثني عشر وتعول الى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة
تستقيم عليه وللابوين السدسان اربعة تستقيم عليهما وللبنات الثلثان ثمانية لا تستقيم عليهن ولكن
بين العددين موافقة بالنصف فضرب نصف عدد رؤسهن في اصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر
تبلغ خمسة واربعين فمنه تصح المسئلة والثالث ان لا يكون بين سهامهم ورؤسهم موافقة فتضرب كل
عدد روس من انكسر عليهم في اصل المسئلة كزوج وخمس اخوات لاب اصل المسئلة من ستة وتعول الى
سبعة للزوج النصف ثلاثة تستقيم عليه وللاخوات الثلثان اربعة لا تستقيم عليهن ولا موافقة بين
العددين فتضرب عدد رؤسهن في اصل المسئلة وعولها وذلك سبعة تبلغ خمسة وثلاثين فمنها تصح المسئلة
واما الاربعة فتفسير التماثل ان يكون احد العددين مساويا للاخر لانه نوع من المثل والمثلة والتداخل
بين العددين ان يعد اقلهما الاكثر اي يفنيه او يكون الاكثر منقسما على الاقل قسمة صحيحة او يزيد على
الاقل مثله او امثاله فيساوي الاكثر كالاربعة مع اثني عشر فانه اذا زيد على اربعة مثلاها يساوي
الاثني عشر وهذا من قبيل تغاير اللفظ والمعنى واحد يعرف بالتامل والتوافق بين العددين ان لا يعد
اقلهما الاكثر بل يعدهما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين يعدهما اربعة فهما متوافقان بالربع لان
الاربعة مخرج الربع وعلى هذا القياس والتباين بين العددين ان لا يعدهما عدد ثالث كالتسعة مع العشرة
لا يعدهما الا الواحد وانه ليس بعدد واذا عرفت ذلك فان وقع الكسر على طائفتين او اكثر ولكن
بين عدد رؤسهم مماثلة كست بنات وثلاث جدات وثلاثة اعمام فالمسئلة من ستة للبنات الثلثان
وللجدات السدس وللاعمام الباقي فالثلثان وهو الاربعة لا تستقيم على ست بنات ولكن بين
سهامهن ورؤسهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وذلك ثلاثة وللجدات السدس
واحد لا تستقيم عليهن ولا موافقة فاخذنا جميع عدد رؤسهن وكذا للاعمام سهم ولا تستقيم عليهم
فاخذنا جميع عددهم ثم حصل معنا ثلاثة وثلاثة وثلاثة فضرب احدها في اصل المسئلة وذلك ستة
تبلغ ثمانية عشر فمنها تصح المسئلة ولو ترك اربع زوجات وثلاث جدات واثني عشر عما فالمسئلة
من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة لا تستقيم عليهن ولا موافقة بين العددين فاخذنا عدد رؤسهن
وللجدات السدس اثنان لا تستقيم عليهن ولا موافقة بين السهام والروس فاخذنا جميع عدد رؤسهن
وللاعمام الباقي وذلك سبعة لا تستقيم عليهم ولا موافقة بين السهام والروس اخذنا جميع عدد
رؤسهم فحصل معنا ثلاثة واربعة واثنا عشر فضرب اكثر الاعداد وهو اثنا عشر في اصل المسئلة
وذلك اثنا عشر ايضا تبلغ مائة واربعة واربعين فمنها تصح المسئلة ولو ترك اربع زوجات وثماني عشرة
بنتا وخمس عشرة جدة وستة اعمام فالمسئلة من اربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة لا تستقيم عليهن
ولا موافقة بين السهام والروس اخذنا عدد رؤسهن اربعة وللبنات الثلثان ستة عشر وبين السهام
والروس موافقة بالنصف اخذنا نصف عدد رؤسهن تسعة وللجدات السدس اربعة لا تستقيم عليهن
ولا موافقة بين السهام والروس اخذنا جميع عدد رؤسهن خمسة عشر وللاعمام الباقي سهم ولا موافقة
بين السهام والروس اخذنا جميع عدد رؤسهم ستة حصل لنا اربعة وستة وتسعة وخمسة عشر طلبنا
الوفق بينه وبين التسعة فوجدنا بينهما توافقا بالثلث فضرب ثلث احدهما في جميع الاخر بلغ ستة
وثلاثين ثم طلبنا الوفق بينه وبين خمسة عشر فوجدنا بينهما ايضا موافقة بالثلث فضرب ثلث احدهما
في جميع الاخر بلغ مائة وثمانين فضربناها في اصل المسئلة اربعة وعشرين بلغ اربعة آلاف وثلثمائة وعشرين

فمنها تصح المسلة ولو ترك امراتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام فالمسلة من اربعة
وعشرين للمراتين الثمن لا يستقيم عليهما ولا موافقه بين السهام والروس احدنا عدد روسها وللبنات
الثلثين سته عشر لا يستقيم عليهن ولكن بين السهام والروس موافقه بالنصف احدنا نصف عدد
روسهن خمسة وللجدات السدس اربعه لا يستقيم عليهن وبينهما موافقه بالنصف
احدنا نصف عدد روسهن ثلاثه وللاعمام الباقي سهم لا يستقيم عليهم ولا موافقه بينهما
احدنا جميع عدد روسهم سبعه فحصل معنا اثنان وثلاثه وخمسه وسبعه وبين هذه الاعداد
مباينة فضرب الاثنين في الثلاثه ثم المبلغ في الخمسة ثم المبلغ في السبعه وتضرب المبلغ وهو ماتان
وعشرة في اصل المسلة اربعه وعشرين تبلغ خمسة الاف واربعين فمنها تصح المسلة • ولو
اردت معرفة نصيب كل فريق والواحد منهم فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسلة يعني
في الذي سميته المضروب وهو ما عدد روس من انكسر عليهم السهام او المجتمع من ضرب بعض
الاعداد في البعض اذا كان الكسر على طايفتين او اكثر كان للمراتين من اصل المسلة ثلاثه اسهم
اضربها في المضروب وذلك ماتان وعشره تبلغ ستماية وثلاثين فهي لهما وللبنات سته عشر
اضربها في المضروب ماتين وعشره تبلغ ثلاثة الاف وثلثماية وستين فهي للبنات وللجدات
اربعة اضربها في المضروب ثمانماية واربعين فهي للجدات وللاعمام سهم اضربه في المضروب
يكن ماتين وعشره فهو لهم ولو اردت ان تضرب نصيب كل واحد من احاد الفريق فاقسم
ما كان لكل فريق من اصل المسلة على عدد روسهم ثم اضرب الخارج في المضروب فالحاصل نصيب
كل واحد فللمراتين ثلاثه اقسمها عليهما فالخارج سهم ونصف فاضربه في المضروب وهو ماتان
وعشره يحصل ثلاثماية وخمسة عشر فهي لكل واحد منهما وكذا في البنات والجدات والاعمام
فللاعمام سهم فاقسمه عليهم فالخارج سبع سهم فاضربه في المضروب يحصل ثلاثون فهو لكل عم

وجه اخر ان تقسم المضروب على اي فريق شيت ثم اضرب الخارج في نصيب الفريق الذي
قسمت عليه المضروب فالحاصل نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق كما في هذه المسلة

وجه اخر وهو طريق النسبه وهو الاوضح وهو ان تنسب سهام كل فريق من اصل المسلة
الى عدد روسهم مفردا ثم يعطى بمثل هذه النسبه من المضروب لكل واحد من احاد الفريقين كما
في هذه المسلة فانسب سهام المراتين ثلاثه اليهما فكانت النسبه مثلا ونصفا فاعط لكل
واحدة منهما مثل المضروب ومثل نصفه وذلك ثلثماية وخمسه عشر وكذا في البنات والجدات
والاعمام وانما هو اوضح لانه لا يحتاج الى الضرب والقسمه خلاف الوجهين الاولين قال صاحب
الصحايف في مراتب ان العلما طولوا في علم الفرايض بمحاسبات كثيره واعمال عسيره تحتاج الى الهندسة
والحساب ويلزمهم تكرر الاعمال تارة للسهام واخرى للمال واذا كثر غوامض الحساب كثر عوارض
السهو والنسيان ولا حاجة الى تلك التكاليف والتضاعيف اذ يكفي فيه طريق واضح سهل
يفهمه كل عاقل وما بعث الينا خاتم النبوه الا بالحنيفيه السمحة السهله فنذكره تذكره للاحباب
متوكلا على العزيز الوهاب **وهو** مشتمل على مقدمه وابواب **اما المقدمه** ففي الحساب
وفيها فصول الاول اعلم ان مراتب الاعداد غير متناهيه لكنها تدور على ثلاثه اصول
كل منها تسعه عقود الاحاد من الواحد الى التسعه والعشرات وهي من العشره الى التسعين بزيادة
عشره عشره والمآت وهي من المايه الى تسع مايه بزياده مايه مايه وما سوى هذه الثلاثه
يكون واحدها مضافا الى الف مثال احاد الوف عشرات الوف مات الوف الوف عشرات الوف

الوف مآت الوف الوف وعلى هذا الى غير النهاية وجعلوا الالاف مقام احاد الالوف تحقيقا وكذا
كل ما يقع في الاحاد واحدها الثاني كل عقد فرض في مرتبه يكون مثله في المرتبه الثانيه عشر امثاله
وفي المرتبه الثالثه مايه امثاله وفي المرتبه الرابعة الف امثاله وعلى هذا فيكون نصف مثله في المرتبة
الثانيه خمسه امثاله ومثله عشرين مثلا له ونصف مثله في المرتبه الثالثه خمسين مثلا وضعفه ماتي
مثل وعلى هذا القياس في المرتبه الباقيه فيكون عشره امثال سته وثلاثون خمسة امثالها ومايه
وعشرون عشرين مثلا الثالث في القسمه هي طلب نصيب الواحد من المقسوم عليه من المقسوم
ونصيب الواحد مقدارما في المقسوم مقدار ما في المقسوم من امثال المقسوم عليه ان كان معلوما
وهو المطلوب كقسمة المايه على عشرين فان امثال عشرين في المايه وهو خمسه معلوم وهو المطلوب
وان لم يكن معلوما ماخذ من المقسوم ما يكون مقدار امثال المقسوم عليه فيه معلوما وناخذ
الامثال منه وتحفظها ويعمل بالباقي كذلك الى ان لا يبقى شي من المقسوم ويبقى اقل من المثل وحينيذ
تنسبه الى المقسوم عليه وتجمع الحاصل كقسمة المايه الى الثمانيه فعدد الامثال في ثمانين معلوم وهو
عشرة يبقى عشرون ناخذ الامثال فخرج اثنان من سته عشر ويبقى اربعه ننسبها الى الثمانية يكون نصفا
فحصل اثنا عشر ونصف وهو المطلوب ولو قسم نصف المقسوم على نصف المقسوم عليه او ثلثه على ثلثه
او ربعه على ربعه وعلى هذا اي كسر كان يحصل المطلوب ففي قسمة المايه على الثمانيه
خمسين على اربعه او قسمه خمسة وعشرين على اثنين وهذا لطيف ولو قسم ضعف المقسوم على
المقسوم عليه وضعفت الحاصل او قسم المقسوم على نصف المقسوم عليه ونصف الحاصل حصل المطلوب
وكذا بالنسبة الى كسور اخرى وبعد ذلك نشرع في الابواب قال شيخي العلامه الصحايفي لم يعرف
مقصود العلما من تلك المحاسبات والاعمال ع في طبعهم من غير رويه ادلا ينتم مقصودهم الا بتلك
المحاسبات وذلك ان غرضهم بيان نصيب كل واحد من الورثه على سبيل التحقيق والتوضيح شايعا من غير
نظر منهم الى القسمه وافراد الانصبا اذا ترك ابنا وابنا فقيل للابن سهمان من ثلاثه وللبنت سهم فهذا ليس
بقسمه بل بيان نصيب كل واحد منهما من التركة على الشيوع ثم القسمه امر اخر بعد ذلك ولها احكام على حدة
ولا يتم مقصودهم في هذا البيان الا بالطريق الذي اختاروه فهذه الضرورة دعتهم الى ذلك ويبين هذا
في صورة وهي ما اذا ترك خمس بنات وجدتين وثلاثه اعمام فسالوا عن نصيب كل فريق فلا بد من ان يقال
للبنات الثلثان وللجدتين واحد من سته وللاعمام منهم واحد منها ايضا فان سالوا عن نصيب كل
منهم من التركه لا يستقيم ان يقال لكل بنت اربعه اخماس منهم سته ولكل عم ثلث سهم من سته ولكل
جدة نصف سهم منها واحد من اثني عشر وثلث سهم منها واحد من ثمانيه عشر واربعة اخماس سهم منها
واحد من سبعه ونصف او اثنان من خمسه عشر وهذه مخارج مختلفه فاحتاجوا الى التجنيس ليتبين نصيب
كل واحد على التحقيق من مخرج واحد بدون التلفظ بكسر وليظهر التفاوت بين الانصبا في نسبه واحدة
اذ نسبته كل الى المخرج فرد على السوا فبلغ المخرج بالتجنيس مايه وثمانين ضرورة فتبين بهذا ان نصيب
كل بنت اربعه وعشرون من هذا المخرج ونصيب كل واحد من الجدتين خمسه عشر ونصيب كل عم
عشره وهذا ليس بقسمه بل هو بيان الانصبا على الشيوع وتعريفها على السايلين فاما القسمه فتمييز
الانصبا وذلك امر اخر بعد معرفة الانصبا الا ترى انه لو امكن لهم بيان الانصبا من مخرج لم يعتبروا
فيه اكثر من ذلك لعدم دعا الضرورة اليه وفي الحقيقه ما قال الصحايفي راجع الى ما قاله العلما
يعرف بالتامل ولهذا قال بعض مشايخنا لا يحتاج في الفتوى الى ذلك وانما احتاج اليه القسام
فاذا امكنه قسمه نصيب الشايع بان تكون التركه قابلة للقسمه قسمه على قدر الانصبا وان لم يمكنه بان

يكون التركة غير قابلة للقسمة فقد مر في كتاب القسمة بان تقسم بالقيمة عند البعض او تترك شايعا على قدر الانصبا والله اعلم

فصل في قسمة التركات بين الورثة والغرما

التركة اسم من الترك فعلة بمعنى مفعول كالطلبة اسم من الطلب بمعنى المطلوبة وفي الصحاح تركة الميت يراد به المتروك **اعلم** ان القسمة بين الغرما على قدر حقوقهم ثم ان فضل شي من التركة يقسم بين الورثة فصحح المسلة اولا كما ذكرنا ثم اذا اردت ان تعرف نصيب كل فريق من التركة اطلب الوفق بين التصحيح وبين التركة فان كان بينهما مباينة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة ثم اقسم المبلغ على جميع التصحيح كزوج وابوين وابن وبنت والتركة سبعة عشر دينارا فصحح المسلة اولا من اثني عشر كما ذكرنا تبلغ ثمانية واربعين للزوج اثنا عشر ولكل واحد من الابوين ثمانية وللابن عشرة وللبنت خمسة ثم اطلب الوفق بين ثمانية واربعين وبين التركة وهي سبعة عشر ولا موافقة بينهما فاضرب سهام الزوج وهي اثنا عشر في التركة وهو سبعة عشر واقسم الحاصل وهو مايتان واربعة على التصحيح وذلك ثمانية واربعون يخرج اربعة دنانير وربع دينار وهي للزوج من التركة ثم اضرب سهام الاب من التصحيح وذلك ثمانية في السبعة عشر واقسم الحاصل وهو مائة وستة وثلاثون على الثمانية والاربعين يخرج ديناران وخمسة اسداس دينار وهي للاب من التركة وكذلك للام اضرب سهام الابن وهي عشرة في سبعة عشر واقسم الحاصل وهي مائة وسبعون على الثمانية والاربعين يخرج ثلاثة دنانير ونصف دينار وطسوج وهي للابن من التركة ثم اضرب سهام البنت في سبعة عشر واقسم الحاصل وهو خمسة وثمانون على الثمانية والاربعين يخرج دينار وثلاثة ارباع دينار وحبة لكل بنت اما اذا كان بين التصحيح من التركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح فالخارج نصيب ذلك هذا لمعرفة نصيب كل فرد اما لمعرفة نصيب كل فريق فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسلة على وفق التركة ان كانت موافقة بين التركة والمسلة كما ذكرنا ثم اضرب المبلغ على وفق المسلة وان كان بينهما مباينة فاضرب سهام كل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع المسلة فالخارج نصيب ذلك الفريق اما في قضا الديون اذا كانت التركة لم تف بالديون والغرما اكثر من واحد اطلب الوفق بين مجموع الديون وبين التركة فان كان بينهما مباينة فاضرب دين كل فريق في مجموع التركة ثم اقسم الحاصل على مجموع الديون كما لو كانت التركة سبعة عشر والديون ثمانية واربعين دينارا لزيد اثنا عشر ولعمرو ستة عشر دينارا ولبكر عشرون دينارا وبين سبعة عشر وثمانية واربعين مباينة فاضرب دين زيد في جميع التركة واقسم الحاصل على ثمانية واربعين يخرج اربعة دنانير وربع دينار وعلى هذا الى اخر ما ذكرنا في تصحيح التركة

فصل في مقاسمة الجد

قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه ومن تابعه من الصحابة والتابعين عبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير وعبد الله ابن عمر وعثمان وعايشة وابي بن كعب وابو الدردا ومعاذ بن جبل وابو موسى الاشعري وعمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وابو الطفيل وعبادة بن الصامت وابو هريرة وعطا وطاوس وجابر بن زيد وقتادة واسحق ونعيم بن حماد وابو ثور وابو حنيفة واحمد والمزني وابن سريج وابن اللبان وابن المنذر وداود وعبد الله بن عيينة وعمر بن عبد العزيز والحسن وابن سيرين رضي الله عنهم الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الاب وبقول ابي حنيفة نفتي وقال علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم يرثون معه ولا يحجبون به وبه قال الشافعي ومالك والاوزاعي والنخعي وابو يوسف ومحمد رحمهم الله قال شيخ الاسلام في فرايضه انما المختار قول ابي بكر لانه ثبت

حفظت

على هذا ولم يتعارض عنه الرواية فاما من غيره فقد تعارضت الروايات قال عبيدة السلماني عن عمر في الجد سبعين قضية يخالف بعضها بعضا وفي رواية عنه ان عمر قضى في الجد بمائة قضية وفي رواية ان عمر جمع الصحابة في بيت فقال لابد لكم ان تتفقوا في الجد على شي فسقطت حية من سقف البيت وحلت عليهم فخرجوا منه عن آخرهم وتفرقوا فقال عمر فابى الله ارتفاع هذا الخلاف واجمع الصحابة على ان عمر مات وليس له في الجد قول ولاختلاف الصحابة امتنع بعض العلما عن الفتوى في الجد وكره الكلام فيه واما عامة العلما فانهم افتوا فافتى محمد بن سلمة بالاصطلاح وابو نصر الدبوسي بان الاخوة اولى والمرغيناني بان الجد اولى وبه قال محمد بن ابرهيم الميداني والفقيه ابو اسحق الضرير واختار شمس الائمة السرخسي قولهما وقال التمرتاشي الافضل عندي ما اختاره الفضلي ان يدفع اليه ما اجمع عليه الصحابة وهو السدس ويصطلح منه عن الباقي واحتج من ورثهم مع الجد بما روي عن علي رضي الله عنه انه شبه الاخوين بشجرة انبتت غصنين والجد مع النافلة بشجرة نبت منها غصن ثم نبت من غصنها غصن فالقرب غصن الشجرة اظهر من القرب بين اصل الشجرة والغصن النابت من غصنها لان بين الغصنين مجاورة بغير واسطة وبين الغصن الثاني واصل الشجرة مجاورة بواسطة الغصن الاول فعلى هذا ينبغي ان يقدم الاخ على الجد لان العصوبة تبنى على القرب الا ان في جانب الجد معنى اخر وهو الولاد فتايد بذلك الذي اتصاله بالنافلة وبالولاد يستحق الفريضة وهو السدس من له اسم الابوة قال تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس فلا يستقيم نصيب الجد عن السدس باعتبار الولاد بحال وتايد هذا الولاد قرابته من الميت فيكون مزاحما للاخوة يقاسمهم اذا كانت المقاسمة خيرا له من السدس وعن زيد انه شبه الاخوين بواد يتشعب منه نهران والجد مع النافلة بواد يتشعب منه نهر ثم يتشعب من النهر جدول فالقرب بين النهرين اظهر منه بين الجدول واصل الوادي وهذا التشبيه من حيث المعنى نظير التشبيه من الشجرة يقول ان الاخ والجد اذا استويا في الادلا اذ كل واحد يدلي الى الميت بواسطة الاب ثم للاخ زيادة ترجيح من وجه وهو الادلا بالبنوة وللجد بالابوة والبنوة في العصوبة مقدمة على الابوة ولكن للجد ترجيح اخر وهو الولاد فانه مقدم في استحقاق الميراث على غير الولاد ولهذا تقدم البنون على الاخوة في العصوبة والبنات على الاخوات في الفرض وبذلك الولاد استحق الجد الفريضة وصاحب الفرض مقدم على العصبة فصار في الفرض المستحق بالولاد يجعل الجد مقدما واذا آل الامر الى العصوبة يعتبر الولاد وهو مستو في ذلك ولكل واحد منهما ترجيح فيقع التعارض ويكون المال بينهما بالمقاسمة ولهذا لا يثبت المزاحمة لاولاد الام مع الجد لان ادلاهم بالام ولا تاثير لقرابة الام في استحقاق العصوبة بها واحتج من ذهب الى مذهب ابي بكر رضي الله عنه بقوله صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرايض باهلها وما بقي فلاولى عصبة ذكر والجد اولى من الاخ ادلا في العصوبة لما ذكرنا ان قرابته قرابة الولاد والبعضية ومما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال الا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابنا اي في سقوط الاخوة ولا يجعل ابا الاب ابا معناه ان الابن يحجب جميع الاخوة لاتصاله بالميت بالولادة والبنوة فكذلك اب الاب لان اتصاله وقربه بالولادة والابوة كما ذكرنا مع ان الجد يستحق اسم الاب عند عدم الاب قال تعالى ملة ابيكم ابرهيم وقول يوسف واتبعت ملة آبائي ابرهيم واسحق ويعقوب وقال صلى الله عليه وسلم ارموا بني اسمعيل فان اباكم كان راميا وقال سام ابو العرب وحام ابو الحبش ويافث ابو الترك كذا في شرح السرخسي وفي شرح خواهرزاده اما القول بمشاركة الجد مع الاخوة بالتعصيب كما قال زيد فمتعذر لان سبب عصوبتهما مختلفة فان سبب عصوبة الجد الجزئية والبعضية وسبب عصوبة الاخ المجاورة في صلب ورحم او في صلب والمشاركة في العصوبة اذا اختلف جهة العصوبة غير مشروع فان العصبتين

انما تشتركان اذا استويا في القرب واتحد سبب عضو منهما وكذا القول بالفرض كما قاله زيد
معه لوجهين احدهما ان الفرض انما ثبت بالنص او الاجماع ولم يوجد ولانه لو جعل صاحب فرض لسقط الا
بالاب فيعدد ابضا لان الاب حال وجود الولد جعل صاحب فرض فاما حال عدم الولد جعل عصبة
فاذا كان كذلك تعذر توريث الجد بالفرض وبالعصوبة مع الاخوة واذا تعذر توريثهما جميعا وجب
اعتبار احدهما واسقاط الاخر فاسقاط الاخ اولى لان اسقاط الجد منعقد بالاجماع ولا اجماع
في الاخ هذه المسئلة من المعضلات عن علي انه قال سلوني عن جميع المعضلات الا عن مسئلة الجد وعنه
انه قال من اراد ان يتقحم في جراثيم جهنم فليتقض في الجد قيل اذا سئل الشعبي عن مسئلة الفرائض
بهات ان لم يكن جدا ثم اختلف القائلون بتوريثهم مع الجد في كيفية القسمة فقال علي رضي الله عنه
يقاسمهم ما لم ينقص حظه من السدس فاذا انتقص يعطى له السدس والباقي بين الاخوة لان فرض
الاب السدس لا ينقص حقه منه فكذا الجد وروى عن علي رضي الله عنه انه كان يقاسمهم الى
الثلث في زمن عمر بالمدينة فلما حصل الى العراق قاسمهم الى السدس وقال زيد اذا اجتمعوا مع
مع الجد كان الجد كاحدهم يقاسمهم ما لم ينقص المقاسمة من الثلث فان نقصته فرض له الثلث والباقي
بين الاخوة للذكر مثل حظ الانثيين وبنو العلات يدخلون في القسمة مع بني الاعيان اضرارا بالجد
فاذا اخذ الجد نصيبه يخرجون خائبين والباقي لبني الاعيان لان بني العلات يرثون مع الجد حالة
عدم بني الاعيان وان لم يرثوا معهم فيجب اعتبارهم في حق الجد كما اعتبروا في حق حجب الام كما لو ترك
اما واخوين احدهما لاب فللام السدس والباقي للاخ لاب وام وكما في ابوين واخوين يعتبران لتنقيص
نصيب الام دون الاستحقاق كذا ذكره التمرتاشي ولانه اذا كانت اخت واحدة من بني الاعيان ماخذ
نصف الكل بعد نصيب الجد لان حظها لا يزاد على النصف ولا ينقص منه مع وجود بني العلات فان
بقي شيء فلبني العلات كما لو كان مكان الجد صاحب فرض اخر مثاله ذلك جد واخ المال بينهما
نصفان لان المقاسمة خير له جد واخوان المال بينهم اثلاث لاستواء المقاسمة والثلث ههنا جد
وثلاثة اخوة ففرض الجد الثلث والباقي بين الاخوة لان المقاسمة في هذه الصورة تنقصه من
الثلث فلو كانت الاخت لاب وام واختين لاب ماخذ الاخت لاب وام النصف بعد نصيب الجد
والباقي للاختين لاب فان كان فيهم ذو فرض يعطى فرضه ثم ينظر في الباقي للجد بثلاثة احوال المقاسمة
او ثلث ما بقي او سدس جميع المال فيعطى ما يوجب له منها والباقي بين الاخوة والاخوات للذكر مثل
حظ الانثيين مثاله ذلك جد واخ وزوج للزوج النصف والباقي بين الجد والاخ لان المقاسمة
خير له وكذا مع الزوج جد وجد واخوان واخت للجدة السدس وللجد ثلث ما بقي والباقي للاخوة للذكر
مثل حظ الانثيين لان ثلث ما يبقى خير له جدة وجد وبنت واخوان للجدة السدس وللبنت النصف
وللجد السدس لان السدس خير له بنت وجد واخت فللبنت النصف والباقي بين الجد والاخت للذكر
مثل حظ الانثيين عند زيد وعند علي للبنت النصف والباقي بين الجد والاخت نصفان وهذه من مربعات
ابن مسعود **ثم اعلم** ان زيد بن ثابت لا يجعل الاخت لاب وام او لاب صاحبة فرض مع الجد الا
في الاكدرية وهي زوج وام وجد واخت لاب وام او لاب للزوج النصف وللام الثلث
وللجد السدس وللاخت النصف ثم نضم الجد نصيبه الى نصيب الاخت فيقسمان للذكر مثل حظ الانثيين
لان المقاسمة خير للجد بعد ما اعطى فرضيهما فاصل المسئلة من ستة وتعول الى تسعة وتصح من سبعة
وعشرين لان سهام الاخت والجد اربعة بينهما على ثلاثة ولا تستقيم الاربعة على ثلاثة فضربنا الثلاثة
في اصل المسئلة وهو تسعة بلغ سبعة وعشرين ومنها يصح المسئلة وانما جعلها صاحبة فرض في الابتدا

ولانه لو لم يجعلها صاحبة فرض في الابتدا لحرمت عن الميراث ولا وجه لحرمانها لانه لم يوجد من يحجبها
وانما جعلها عصبة في الانتها اذ لو لم يجعلها عصبة صارت ثلاثة نصفها ولانه اشتاك نصيب الجد
وذلك لا يجوز لان الجد بمنزلة الاخ عنده ولا يجوز ان يكون نصيب الاخت اكثر من نصيب الاخ
وسميت هذه المسئلة اكدرية لانها واقعة اكدرت على زيد مذهبه فيها فنسبت اليها
وقيل سميت اكدرية لان عبد الملك بن مروان سال بعضها اسمه اكدر عنها فافتى فيها على مذهب
زيد واخطا وقيل سميت بها لتكديرها لاصول زيد في الجد فانه اعالها ولا عول عنده في مسائل الجد
وفرض الاخت معه ولا يفرض لاخت مع جد وجمع سهامه وسهامها فقسمه بينهما ولا نظير لذلك وقيل
هذا لا يصح لان الاكدر لم يوخذ من التكدير والصحيح انها منسوبة الى صاحبه الواقعة واهل العراق
يسمونها ام الفروج لانها لو حركت ازدادت حسنا ولو كان مكان الاخت اخ او اختان فلا عول ولا
اكدرية لان السدس خير للجد ولان الاخ عصبة فلم يمكن لزيد ان يجعله صاحب فرض فاضطر الى حرمانه
بخلاف الاكدرية فانه يمكنه جعل الاخت صاحبة فرض وكذا اذا كانت مكانها اختان فلا عول لان
الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس والاكدرية ايضا لان اصول زيد فيها مستقيمة واختلف
اهل العلم في الاكدرية فقال ابو بكر ومن معه يسقط ويجعل الثلث للام وما بقي للجد وقال عمر وابن
مسعود للزوج النصف وللاخت النصف وللام السدس وللجد السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا
للام السدس كيلا يفضلوها على الجد وقال علي للزوج وللاخت النصف وللام الثلث وللجد
السدس كقول زيد الا انه ابقى للاخت النصف وللجد السدس ولا يضم نصفها الى سدس الجد حتى
يقاسمه كما فعل زيد ولو كانت ام واخت وجد فللام الثلث وما بقي بين الجد والاخت على ثلاثة
اسهم للجد سهمان وللاخت سهم وسميت هذه المسئلة خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكان الاقوال
خرقتها وفيها سبعة اقوال قال ابو بكر ومن تبعه للام الثلث والباقي للجد وقال زيد ومن تبعه
للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة اسهم اصل المسئلة من ثلاثة وتصح وقال علي للاخت
النصف وللام الثلث وللجد السدس وقال عثمان المال بينهم اثلاثا للام الثلث وللاخت الثلث
وللجد الثلث وهي مثلثة عثمان وعن عمر وعبد الله بن مسعود للاخت النصف وللام ثلث ما بقي
وما بقي للجد وعن ابن مسعود رواية اخرى للاخت النصف والباقي بين الجد والام نصفان فيكون من اربعة
وهي من مربعات ابن مسعود وتسمى هذه المسئلة مسبعة اقوال والمسدسة ايضا لان معنى الاقوال
ترجع الى ستة وقال الحجاج الشعبي عنها فقال اختلف فيها خمس من الصحابة وذكر له عثمان
وعليا وابن مسعود وزيدا وابن عباس قال ابن حزم فالعجب ممن ترك رواية صحت عن طائفة من
الصحابة وردت عن جمهورهم وجمهور التابعين وهو قول ابي بكر لرواية فاسدة لم يصح قط من
احد من الصحابة لان ما نقلوا عن زيد وعلي وعمر وعثمان وابن مسعود اسانيد غير صحيحة واشتغل
بهذه الفروعات المتناقضة بعضها بعضا

فصل في ذوي الارحام

هي جمع ذي رحم والرحم في الاصل منبت الولد ووعاؤه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما
كذا في المغرب وفي الاصطلاح كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة سواء كانت قرابته من جهة الولاد
او من غيرها فعامة الصحابة يورثونهم منهم عمر وعلي وابن مسعود ومعاذ بن جبل وابو الدرداء وابو
عبيدة الجراح وابن عباس في اشهر الروايتين عنه ومن التابعين شريح وعلقمة والاسود وعطاء وطاوس
والحسن وابن سيرين ومجاهد وابرهيم وعبيدة السلماني وجابر بن زيد وعمر بن عبد العزيز وبه اخذ
علماؤنا واحمد وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال ومثله عن ابن عباس في رواية

شهادة وبه قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والثوري في رواية والشافعي ومالك وابو ثور
وداود وابن جرير **لنا** ما روى عطاء بن يسار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب الى قبا
يستخير الله تعالى في العمة والخالة فانزل عليه ان لا ميراث لهما رواه سعيد بن منصور في سننه ولان
العمة والخالة لا يرثان مع اخويهما فلا يرثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انضمام الاخ اليهما
يؤكدهما ويقويهما ولان الميراث ثبت نصا ولا نص في هولاء ولنا قوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض والمراد بالخلف بعضهم اولى بميراث بعض قال اهل العلم كان التوارث في
بدء الاسلام ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالاسلام والهجرة فلو كان له ولد ولم يهاجر لا يورثه
المهاجر وذلك قوله والذين امنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ثم
نسخ ذلك بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله **فان قيل**
المراد من الاية ذو رحم له فرض او تعصيب بدليل قوله تعالى في كتاب الله وهو القران وذكر
في الكتاب ذو رحم له فرض وتعصيب **قلنا** اراد بكتاب الله حكم الله قال صلى الله عليه
وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل اي حكم الله لان حكمه عليه الصلاة والسلام لحكم الله
لاجماعنا ان من ذوي الارحام من يرث وان لم يكن له ذكر في القران كالجد والجدة وابن الابن
وفيه نوع تأمل ولان الكتاب متى حمل على القران يلزم التكرار والاعادة بلا فائدة لان ذلك
مستفاد به المواريث فالحمل على الافادة اولى من الاعادة وروى احمد باسناده عن سهل بن
حنيف ان رجلا رمى سهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه ابو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر
اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه
ويرثه اخرجه ابو داود وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح **فان قيل** المراد به من ليس
له الا خال فلا وارث له كما يقال الجوع زاد من لا زاد له والماء طيب من لا طيب له والصبر
حيلة من لا حيلة له او المراد بالخال السلطان **قلنا** هذا لا يصح لانه قال يرثه وفي
لفظ قال يرثه ولان الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر هذا جوابا الى ابي عبيدة بن الجراح حين
سأله عن ميراثه وهم احق بالفهم والصواب من غيرهم ولانه صلى الله عليه وسلم سماه وارثا
والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للنفي **قلنا** يستعمل للاثبات ايضا كقولهم يا عماد
من لا عماد له ويا سند من لا سند له ويا ذخر من لا ذخر له مع انه لا يجوز في بيان اثبات حكم الشرع
النفي لانه يلزم الالتباس وهذا لا يجوز من صاحب الشرع وقد روي ان ثابت بن الدحداح لما
مات ولم يدع وارثا ولا عصبة فقضى عليه الصلاة والسلام بميراثه لابن اخته ابي لبابة بن عبد الله
ابن المنذر رواه ابو عبيد الا انه قال لم يخلف الا ابنة اخ ولانه ذو قرابة فيرث كذوي
الفروض وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان اولى بماله منهم
ولهذا كان في حياته احق بصدقته وصلته واما حديثهم لم يكن في درجة حديثنا في الصحة ولم يكن
فرجح حديثنا لانه مثبت والمثبت اولى من النافي ولان حديثنا موافق لقوله تعالى واولوا الارحام
الاية وهو بعد نزول الاية او يحمل ما روى الخصم على نفي توريث الخالة حال وجود صاحب فرض او
عصبة وقولهم لا يرثان مع اخيهما **قلنا** لان الاخ اقوى منهما واما قولهم ان الميراث ثبت نصا
قلنا قد ذكرنا نصوصا ثم التعليل واجب مهما امكن ههنا فلا انحصار الى التعبد المحض ثم انهم لا
يرثون مع ذي سهم ولا عصبة ولا مع احد الزوجين فالباقي منه لهم والرد مقدم عليهم واذا انفرد
واحد منهم ياخذ الكل ذكرا كان او انثى قريبا كان او بعيدا ولا نعلم في هذا خلافا بين من ورثهم وهم

اربعة اصناف صنف ينتمي الى الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وصنف ينتمي الميت
اليهم وهم الاجداد الفاسدون والجدات الفاسدات وصنف ينتمي الى ابوي الميت كبنات الاخوة لاب
وام او لاب او لام واولاد الاخوات كلها وصنف ينتمي الى جدي الميت كالاعمام لام والعمات
وبنات الاعمام كلهم واولادهم والاخوال والخالات واولادهم فهولاء وكل من يدلي بهم ذوو
الارحام واولاهم بالميراث الصنف الاول وان كانوا بعدوا ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع على ترتيب
العصبات لان قرابة الولاد اقرب من غيرها كما في اصولهم وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى
وروى ابو سليمان عن محمد عن ابي حنيفة رحمهم الله ان اقرب الاصناف الثاني وان علوا ثم الاول
وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وتابعه في ذلك عيسى بن ابان عن ابي حنيفة
قال شيخ الاسلام حكى عن ابي عبد الله الفرضي ما رواه ابو سليمان عن محمد عن ابي حنيفة قوله الاول
وما رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة قوله الاخر وعليه الفتوى وعن ابي يوسف ومحمد ان اولاد
الاخوة والاخوات اولى من الجد الفاسد اب الام اي الصنف الثالث اولى من الصنف الثاني
لانهما اولاد عصبة او ذي سهم ولا يقدم على اصولهم في التعصيب جد الاب عندهما بل يقاسمهم
فكذا في ذوي الارحام جد ابي الام الذي هو في درجة اب الاب لا يقدم على اولادهم الا ان
الجد والاخ استويا في العصوبة فان كل واحد ذكر يدلي الى الميت بذكر عصبة ولا يتصل كل واحد
منهما بالميت بواسطة واحدة وههنا لم يستويا فان اولاد الاخوات وبنات الاخوة لاب وام
او لاب اولاد العصبات والجدات والجد اب الام ولد ذوي الرحم لانه ولد اب الام
وفي ذوي الارحام متى استوت درجاتهم يقدم ولد صاحب الفرض او العصبة على ولد ذوي
الرحم فصاروا مقدمين على الجدات الام وابو حنيفة مر على اصله ان الجد اب الاب في العصبات
من كل وجه مقدم ومحجب اولاد الام ابدا وكذا في ذوي الارحام يكون الجد اب الام الذي هو في درجة
اب الاب مقدما على اولاد الاخوات وبنات الاخوة وكذا ولد البنت وان سفل مقدم على الجد
اب الام في قوله الاخر لان في العصبات الحقيقية الابن الصلبي وان سفل مقدم على الجد واولاد
ابنه وكذا في ذوي الارحام وفي الحقيقة هذه المسألة فرع تلك المسألة وهذا الترتيب المذكور عند
ويسمون مذهبنا مذهب اهل القرابة **وقال** احمد ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من
الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا درجة درجة حتى يصلوا الى من يمتون به فياخذون ميراثه فان
كان واحدا اخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل
لمن يمت به فان بقي من سهام المسألة شيء رد عليهم على قدر سهامهم وبه قال النخعي والشعبي وعلقمة
ومسروق وحماد ونعيم وشريك وابن ابي ليلى والثوري والحسن بن زياد وسائر من ورثهم وعن علي
وعبد الله بن مسعود انهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الاخ منزلة الاخ وبنت الاخت منزلة
الاخت والعمة منزلة الاب والخالة منزلة الام وروي ذلك عن عمر وعن علي ايضا انه نزل العمة
منزلة العم وهو رواية عن احمد وعن الثوري وابي عبيد انهما نزلا العمة منزلة الجد مع الاخوة والاخوات
ونزلها اخرون منزلة الجد وانما صار هذا الاختلاف في العمة لادلائها باربع جهات بالاب والعم
اخواها والجد والجدة ابواها ونزل قوم الخالة منزلة الجدة والصحيح انها منزلة الاب والخالة
بمنزلة الام لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال العمة بمنزلة الاب اذا لم يكن بينهما اب والخالة
بمنزلة الام اذا لم يكن بينهما ام ولان الاب اقوى جهات العمة والام اقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما منزلتهما
دون غيرهما فاذا لم يكن توريثهما بجميع الجهات ورثنا باقواهما فاحتجوا بانهم فرع في الميراث على غيرهم

وجب الحاقهم بمن هو فرع له وقد ثبت ان ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد ابنه فاولى ان لا يسقطهم
ولده فلو كانت بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على اربعة فالنصف لبنت البنت والسدس لبنت
فالمال بينهما على اربعة فان كان معهما بنت اخ فالباقي لها ويصح من ستة فان كان معها خالة فبنت البنت
النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة للثلثين وللخالة السدس والباقي لبنت الاخ فان كان مكان
الخالة عمة حجبت بنت الاخ واخذت الباقي لان العمة كالاب فيسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها
عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط العمة ومن نزلها احدا قاسم بنت الاخ الثلث الباقي بينهما نصفين
ومن نزلها جدا جعل لها السدس وللبنت الاخ الباقي وعندنا لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت او بنت
بنت الابن وكذا العمة والخالة معها ومع بنت الاخ وقلنا انهم يرثون باعتبار القرابة والعصوبة
ولهذا يستحق الكل اذا انفرد واليه اشار قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
فاعتبرنا ترتيب القرابات كما في العصبات انهم يرثون باعتبار قرابة اصولهم كما ذكرنا وقول اهل
التنزيل يؤدي الى قول فاحش وهو حرمان الميراث بكون المدلى به رقيقا او كافرا ولا يجوز ان يكون
الانسان محروما عن الميراث باعتبار معنى في غيره فعلم ان استحقاقه باعتبار معنى فيه وهو القرابة لكن
يعتبر الاقرب بمعنى العصوبة

فصل الصنف الاول

اولاهم بالميراث اقربهم الى الميت كبنت البنت اولى من بنت بنت الابن عندنا وزفر وعيسى بن ابان
لانهم يرثون على سبيل التعصيب فيعتبر الاقرب كما في العصبات وعند احمد واهل التنزيل المال بينهما
ارباعا على قياس قول علي في الرد ثلاثة ارباعه لبنت البنت وربعه لبنت بنت الابن لانه يرى الرد على بنت
الابن مع بنت الصلب وعلى قياس قول ابن مسعود المال بينهما اسداسا خمسة لبنت البنت والباقي
لبنت البنت لانه لا يرى الرد على بنت الابن مع بنت الصلب وفي قول اهل الرحم نوح بن دراج وحبيش بن
مبشر المال بينهما انصافا لان الاستحقاق بالوصف العام وهو الرحم بناء على قوله تعالى واولوا الارحام
وفيه الاقرب والابعد سواء وان استووا في الدرجة فولد الوارث سواء كان ولد عصبة او ولد صاحب
فرض كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وهي ذات رحم وهذا لان ولد الوارث اقرب حكما
والترجيح يكون بالقرب حقيقة فان لم يوجد فبالقرب حكما وكذا ابن بنت ابن اولى من ابن بنت بنت
وان استوت درجاتهم ولم يكن فيه ولد وارث او كان كلهم يدلون بوارث ففي قول ابي يوسف الاخر
يعتبر الابدان لا غير فيقسم بينهم بالسوية او للذكر ضعفها وهو رواية عن ابي حنيفة سواء اتفقت صفة
الاصول في الذكورة والانوثة بان كان كلهم ذكورا او اناثا او اختلفت بان كان بعضهم ذكورا وبعضهم
اناثا وما وقع في فرايض السرخسي ان قول الحسن بن زياد مع ابي يوسف غير صحيح لان المشهور ان الحسن
من اهل التنزيل لا من اهل القرابة وعند محمد وابي يوسف اولا ان اتفقت صفة الاصول كقول ابي يوسف
الاخر وان اختلفت صفاتهم يعطى الفروع ميراث الاصول فيعتبر الاصول لا الابدان الا انه يعتبر الاصل
الواحد متعددا بتعدد اولاده ثم يعطى لكل نوع ميراث اصله ويجعل كل انثى يدلي الى الميت بذكر ذكرا
وكل ذكر يدلي الى الميت بانثى انثى سواء ادلى وهما بابن واحد والبرم يقسم سهام كل فريق بالسوية
ان اتفقت صفاتهم وان اختلفت للذكر مثل حظ الانثيين قال شيخي العلامة رحمه الله الاصل في
قسمة مسايل ذوي الارحام عند محمد ان يقسم على اول بطن اختلف مع اعتبار الصفة من الاصل والعدد
من الفروع واعتبار الجهات في الاصول ثم يجعل الذكور طايفة والاناث طايفة نصيب كل
طايفة الى فروعها جميعا ويقسم بهذا الطريق الى ان ينتهي ولا بد من اختصار الابدان اولا والسهام
ثانيا ان امكن تقليلا للحساب ومعنى اختصار الابدان يحسب كل بنتين ابنا ومعنى اختصار السهام ان

تقسم

تقسم نصيب كل فريق الى المسئلة وتاخذ جزء المسئلة تطلب الموافقة بين النصيبين وتاخذ وفقها
كما اذا كان عدد الذكور مساويا لعدد الاناث فالمسئلة من ثلاثة للنسبة الثلثية بين النصيبين وان
كان عدد الذكور نصف عدد الاناث فالمسئلة من اربعة للمناسبة النصفية وان كان عددهم ضعف
عدد الاناث فالمسئلة من خمسة وان لم يمكن احد الاختصارين فالطريق البسط وهو ان يحسب
كل ابن بنتين وان امكن احد الاختصارين دون الاخر يؤدي ذلك الى الصبر ثانيا او بالبسط ابتدا
تصحيحا لشانه وتيسيرا للامر وقول محمد اشهر الروايتين عن ابي حنيفة في جميع ذوي الارحام وعند
البعض وعليه القانون والمختلف قول ابي يوسف اشهرهما وقال في الفرايض الجرجاني وعليه
الفتوى لانه ايسر وفي المحيط مشايخ بخارا اخذوا بقول ابي يوسف في جنس هذه المسايل
وقال الاسبيجابي في مبسوطه قول ابي يوسف اصح لانه اسهل وذكر في شرح فرايض السرخسي
الفتوى على قول محمد وجه قول محمد ان الفروع انما يستحقون بواسطة الاصول ولهذا اجمعت
الصحابة في العمة والخالة ان للعمة الثلثين وللخالة الثلث فلو كان المعتبر في القسمة الابدان
لكان المال بينهما نصفين لاستواء درجتهم ولهذا اجمعنا ان ولد عصبة او وارث اولى وانما
يترجح بمعنى في المدلى به فاذا كان في الحرمان يعتبر المدلى به ففي النقصان اولى نعلم ان المعتبر اول
من تقع به الخلاف ثم اعتبرنا من وقع به الخلاف في ترجيح احدهما على الاخر وهذا خلاف العدد
فالمعتبر فيه ابدانهم دون المدلى به لان علة الاستحقاق كاملة في حق كل واحد منهم وهي القرابة
والعلة تحتمل التعدد فيجعل الاصول كالمتعدد حكما بتعدد الفروع وكمال العلة لكل واحد
منهما بمنزلة جماعة قتلوا رجلا عمدا يجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال وان كان المقتول واحدا
يجعل متعددا لتكامل العلة في كل واحد منهم بخلاف صفة الذكورة والانوثة فالموجود من
ذلك في الفرع لا يمكن ان يجعل كالموجود في الاصل مع تحقق ضده فيه لانه لا احتمال لذلك
فيعتبر ما في الاصول من الصفة لان الاستحقاق للفروع بناء على ذلك كذا في شرح السرخسي وجه
قول ابي يوسف ان ذوي الارحام انما يرثون بالقرابة كالعصبات وكل منهم مستقل بنفسه في
اصل الاستحقاق فيعتبر الابدان وان اختلفت صفة اصولهم كما في العصبات ولهذا لو كان لبعض
الاصول صفة الكفر او الرق لم يعتبر ذلك واعتبر صفة الابدان فكذا في الذكورة والانوثة
ولهذا يعتبر العدد في الفروع فاذا كان في العدد يعتبر فكذا في الذكورة والانوثة وفي الخالة
والعمة فباعتبار القرابة لكن بقرابته لا يستحق اكثر من ذلك وكذا الترجيح بكونه ولد وارث باعتبار
معنى العصوبة ثم للجهات عبرة في التوريث عندنا لكن في الاصول عند محمد وفي الفروع عند ابي يوسف
لما ذكرنا من الجانبين صورة ما اتفقت صفة الاصول ابن بنت وبنت بنت عند ابي يوسف المال
بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وكذا عند محمد لان صفة الاصول متفقة وذكر الطحاوي عند محمد
المال بينهما نصفان باعتبار المدلى به وهذا غلط انما هذا قول اهل التنزيل وصورة ما اختلفت
بنت ابن بنت وابن بنت بنت فعند ابي يوسف المال بين الفروع للذكر مثل حظ الانثيين وعند محمد
كذلك في البطن الثاني لان الاختلاف وقع هناك ثم انزلنا نصيب ابن الى ابنته ونصيب بنت الى ابنها
فيصير عكس قول ابي يوسف للابن سهم وللبنت سهمان ولو كانت بنتا ابن بنت وابن بنت بنت فعند
ابي يوسف ظاهر وعند محمد للابن الخمس واربعة الاخماس للبنتين كانه مات عن اثنى بنت وبنت بنت
ولو ترك بنت بنت بنت وابن بنت بنت وبنت ابن بنت وابن بنت بنت فعند ابي يوسف ظاهر وعند
محمد يقسم على الاباء على ستة سهمان للاول فيكون سهما للذكر مثل حظ الانثيين فصار المال بين

الفريقين اثلاثا وقد انكسر بالاثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة منها تصح المسئلة ولو وقع الاختلاف في بطن او اكثر فابو يوسف مر على اصله ومحمد يقسم المال على اول اختلاف وقع فما اصاب الذكور يقل الى فروعهم وما اصاب الاناث يقل الى فروعهن مع اعتبار الاختلاف في البطن الثاني على الوليه الذي اعتبره في البطن الاول حتى ينتهي الى الاولاد الاحياء فيقسم بينهم على اعتبار ابدانهم مثاله ترك بنت بنت بنت وبنت بنت ابن بنت وبنت ابن بنت بنت وابن بنت بنت فعند ابي يوسف المال بينهم على خمسة اسهم سهمان للابن ولكل بنت سهم وعند محمد على عشرة اسهم للاولى سهم وللثانية اربعة اسهم وللثالثة ثلاثة اسهم وللرابعة سهمان لانه يعتبر الخلاف في اول بطن وقع وفيه ابن وثلاث بنات بنت فيقسم عليهم ثم ما اصاب الابن وهو خمسان ينقل الى ابنته وما اصاب البنات وهو ثلاثة اخماس ينقل الى اولادهن وهم ابن وبنتان للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للابن خمس ونصف وللبنتين خمس ونصف فصح من عشرة ولو كان له قرابة من جهتين من ذوي الارحام فله سهمان ومن له قرابة واحدة فله سهم عند محمد باعتبار الاصول وعند ابي يوسف هما سواء لانهم يرثون بالتعصيب وذلك لا يختلف كالعصبات حقيقة مثال ذلك بنت بنت بنت وهي بنت ابن بنت اخرى فعند ابي يوسف المال بينهما نصفان وعند محمد لذي القرابة الواحدة سهم والذي قرابتين ثلاثة اسهم ولو كان مكان البنت من جهتين ابنا فعند ابي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وعند محمد لذات القرابة سهم ولذات القرابتين ثلاثة اسهم من ... والله وسلم لقرابتين ثم بذلك الاصل وسهم ... الانثى فيضمه الى ما في يد ذات قرابة فيصل السهمين للذكر مثل حظ الانثيين لا ... سلهما في هذين السهمين واختلاف ابدانها على ثلاثة فاضرب ثلاثة في اربعة ... منها تصح المسئلة وفي ضوء السراج قول ابي يوسف في هذا يختلف واهل العراق وخراسان يقولون عند ابي يوسف لا تعتبر الجهات بل يرث ذو جهتين بجهة واحدة لان الجهة اتحدت وهي الولادة فهو نظير الجدات على مذهبه فان ذات الجهتين وذات جهة واحدة سوا في القسمة فكذا هذا قال مشايخ ما وراء النهر يعتبر الجهات فيرث بالجهتين عنده وهو الصحيح والفرق بين هذا وبين الجدات ان الاستحقاق هنا بالفرضية وتعدد الجهات لا يزداد فرضهن فاذا كانت الفرضية للواحد منهن والعدد سوا لا يعتبر اجتماع جهتين اما ههنا فالاستحقاق بمعنى العصوبة فيعتبر بالاستحقاق بحقيقة العصوبة وفي حقيقة العصوبة يعتبر الجهات جميعا للترجيح تارة وللاستحقاق اخرى فالترجيح كالاخوة لاب وام مع الاخوة لاب والاستحقاق كالاخ لام اذا كان ابن عم فانه يعتبر الجهات في حقه الاستحقاق وكذا ابن عم لو كان زوجا يعتبر السببان فههنا ايضا يعتبر السببان كذا في شرح السرخسي فعلى ما قالت مشايخ ما وراء النهر عند ابي يوسف المال بينهم اثلاثا وعلى ما قال اهل العراق انصافا فهذا خلاصة ما ذكره الشارحون فاعتبر انت بعد ذلك والسيف بضاربه

فصل في الصنف الثاني

اولاهم بالميراث اقربهم من اي جهة كان اي من جهة الاب او من جهة الام كاب ام وام اب ام وان استووا في الدرجة فمن كان يدلي بوارث كان ام الام اولى من اب ام الام وليه لاب ام الام لانا نعتبر في القسمة اول من يقع به الخلاف ثم يقل نصيبه الى كل واحد منها الى من يدلي به وقال الصدر الشهيد في فتاواه في الاجداد الفاسدة لا يترجح بكونه مدليا الى الميت بوارث وذكر الغزنوي ادى ذلك الى جعل المتبوع وهو الجد تبعا لتبعه وهو خلاف الشرع ومثل هذا الايتاني في الاولاد فافترقا وقلنا ولد الوارث اولى لانه اقرب حكما كما

ذكرنا بالاعتبار انه تبع لتبعه وان كان كلهم يدلون بوارث كاب ام الام واب ام اخرى لهذه الام وذلك يتحقق بطريق الدعوى بان ادعى امراتان ولدا او قضي به لهما والا لا يتصور ان يتولد احد من اثنين واتفقت صفة من يدلون بهم في الذكورة والانوثة واتحدت قرابتهم اي كلهم من جانب الاب او كلهم من جانب الام يقسم على ابدان الاحيا على السوا ان كانوا ذكورا او اناثا وان اختلطوا فللذكر مثل حظ الانثيين وان اختلفت صفة من يدلون يقسم المال على اعلا بطن اختلف كما في الصنف الاول كاب اب ام واب ام اب الام هنا ... اب ام الام هذا فيكون القسمة على البطن الثاني من اب الام وام الام اثلاثا لان اول بطن ... هذا البطن ثم يقل نصيب كل واحد منهما الى البطون التي تدلي به ولو اختلفت قرابتهم فالثلث ... الاب والثلث لقرابة الام لانهم يقومون مقام الاب والام ثم يقسم نصيب كل فريق بينهم ... اتحدت قرابتهم مثاله ... ام اب واب اب الام للاول الثلثان وللثاني الثلث واذا كان لابي الميت جدان من جهتين وكذا ... لقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب فلثلثاه لقرابة من جهة ابيه وثلثه ... ابيه من جهة امه وكذا ما اصاب قوم الام وروى الحسن عن ابي حنيفة ان ما اصاب قوم الاب وكان لقرابته من قبل ابيه وما اصاب قوم الام فلقرابته من قبل الاب ايضا مثاله اب ام اب ... واب اب ام الاب وام اب ام الام واب ام الام فللاولين الثلثان وللاخرين الثلث ... بينا

فصل في الصنف الثالث

اولاهم اقربهم ... الاخت اولى من بنت بنت الاخ لانها اقرب وان ... اي القرب فولد الوارث كبنت ابن الاخ وابن بنت الاخت كلاهما لاب او احدهما لاب وام وا ... المال لبنت ابن الاخ ولو اجتمع ولد صاحب الفرض وولد صاحب العصبة كبنت وابن ... لهما لاب وام او لاب فالعبرة لابدان الاحيا عند ابي يوسف فيكون الثلثان لابن الاخت والثلث لبنت الاخ وعند محمد العبرة للآبا فيكون الثلثان لبنت الاخ والثلث لابن الاخت وان استووا في القرب ولم يكن فيهم ولد ... ذكورا واناثا يقسم بينهم بالسوية وان اختلطوا وقد اتفقت صفة الاصول للذكر ضعفها وان اختلفت صفة الاصول فكذلك عند ابي يوسف لاعتبار ابدان الاحيا وعند محمد يعتبر اعلى بطن اختلف فيه كما عرف وان اجتمع اولاد اخوات متفرقات او بنات اخوة متفرقين فعند ابي يوسف من كان لاب وام اولى ممن كان لاب ومن كان لاب اولى ممن كان لام وعند محمد يعتبر اصولهم وابو حنيفة مع ابي يوسف في رواية وفي رواية مع محمد مثاله ثلاث بنات اخوات متفرقات فالمال كله لبنت الاخت لابوين عند ابي يوسف وعند محمد لها ثلاثة اخماسه ولبنت الاخت لاب خمسه ولبنت الاخت لام خمسه اعتبارا للاصول فرضا وردا ولو كانت ثلاث بنات اخوة متفرقين المال كله لبنت الاخ لابوين عند ابي حنيفة وعند محمد لبنت الاخ لام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين بنت اخت لاب وبنت اخت لام المال للاولى عند ابي يوسف لقوتها وعند محمد للاولى ثلاثة ارباعه وللاخرى الربع فرضا وردا اعتبارا للاصول ابنا اخت لابوين وبنت اخت لام المال للابنين عند ابي يوسف وعند محمد ابنا الاخت بمنزلة الاختين فيقسم المال بينهم على خمسة واولاد هولاء كاصولهم ولو اجتمع اولاد الاخوة والاخوات لام كابن الاخ لام وبنت اخت لام فعند ابي حنيفة ومحمد لا فضل للذكر كاصلهم وفي شرح المجمع لا خلاف فيه اي في ظاهر الرواية وبه صرح في ضوء السراج وفي رواية شاذة عن ابي يوسف انه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ووجه هذه الرواية ان الاصل في المواريث تفضيل الذكر على الانثى الا ان هذا

الاصل ترك في الاخوات والاخوة لام بالنص على خلاف القياس وهو قوله تعالى فهم شركاء
في الثلث فيقتصر عليه ولا كذلك العمومة والخؤولة ما ليس في معناه من كل وجه والاولاد ليسوا في معنى الاصول
فانهم لا يرثون بالفرضية شيا فيعتبر فيهم الاصل ثم يورث ذوي الارحام بمعنى العصوبة وفي حقيقة
العصوبة يفضل الذكر فكذا في معنى العصوبة وجه ظاهر الرواية ان استحقاقهم لقرابة الام
وباعتبار هذه القرابة لا يفضل الذكر على الانثى بحال وربما يفضل الانثى على الذكر باعتبار هذه القرابة
فان ام الام صاحبة فرض دون اب الام واذا كان كذلك فيسوى بين الذكر والانثى اعتبارا بالمدلى
به كذا في شرح السرخسي واذا عرفت الاصول فلا يحتاج الى تصوير الصور والتطويل والله اعلم

فصل في الصنف الرابع

فاقربهم الى الميت اولى بالميراث من اي
جهة كان الاب اولى من عمة الجد ولو اجتمعوا واستووا في القرب من جنس واحد كالعمات
والخالات من كان لاب وام اولى ممن كان لاب لقوة قرابة الاب والام ومن كان لاب اولى ممن كان
لام لقوة السبب باختصاصه بقرابة الاب وهذا بالاجماع ذكورا كانوا او اناثا ولو كانوا ذكورا
واناثا واستوت قرابتهم يعني كلهم لاب وام او لاب او لام فللذكر ضعف الانثى كعم وعمة كلاهما لام او خال وخالة
كلاهما لاب وام او لاب او لام فللذكر ضعفها وان اختلف الجنس كالعمومة والخؤولة فلا عبرة لقوة
القرابة كعمة لاب وام والخالة لام او عكسه بل الثلثان لقرابة الاب وهي جانب العمومة نصيب
الاب والثلث لقرابة وهي الخؤولة نصيب الام ثم يقسم نصيب كل فريق منهم كما لو اتحد قرابتهم
مثال ذلك عمة وعشرة اخوال للعمة الثلثان وللاخوال الثلث وكذا لو كان عم وخال او خالة
فللعم الثلثان وللخال او الخالة الثلث والقياس ان يحرم الخال والخالة لان قرابة الابوة اقوى
كما لا شيء للعمة من الام مع العمة لاب الا انه ترك القياس باجماع الصحابة فانهم قالوا للعمة الثلثان
وللخالة الثلث

فصل في اولادهم

فاقربهم اولى من اي جهة كان يعني من
جهة الابعد من جهته كبنت العمة او ابنها اولى من بنت بنت العمة وابن بنتها وبنت ابنها وابن
ابنها وكذا الخالة او ابنها اولى من بنت بنت الخالة وابن بنتها وبنت ابنها وابن ابنها
بنت العمة اولى من بنت بنت الخالة وان كانا من جهتين لانها اقرب وكذا بنت الخالة
اولى من بنت بنت العمة وان استووا في القرب فولد العصبة اولى في ظاهر الرواية ان اتحدت
جهة القرابة او اختلفت مثال الاتحاد ترك بنت عم لاب وام او لاب وبنت عمة فالمال
كله لبنت العم لانه ولد عصبة مثال الاختلاف ترك بنت عم وبنت خال او خالة في ظاهر
الرواية ولد العصبة اولى وان اختلفت جهة القرابة وفي الفرائض السراجي والفرائض العثماني
لصاحب الهداية اذا اختلفت حيز قرابتهم فان ولد العصبة هناك وليس باولى بل الثلثان
لقرابة الاب والثلث لقرابة الام كبنت عم لاب وام وبنت خال او خالة لاب وام فلبنت العم
الثلثان ولبنت الخال او الخالة الثلث لان الحيز مختلف فلا يترجح بكونها ولد عصبة قال
شمس الائمة في المبسوط هذا رواية ابن ابي عمران عن ابي يوسف اما في ظاهر الرواية ولد العصبة
اولى سواء كان الحيز متحدا او مختلفا حتى ان بنت العم لاب وام اولى من بنت الخال او الخالة
لاب وام لان ولد العصبة اقرب اتصالا بوارث الميت وكان اقرب اتصالا بالميت وقد وافقه
التمرتاشي وفي ضوء السراج الاخذ برواية شمس الائمة اولى ثم ان لم يكن فيهم ولد عصبة ولا الاقرب
فالقسمة على ابدانهم وللذكر ضعفها ان اتفقت صفة اصولهم في الذكورة والانوثة وان اختلفت
صفة الاصول فكما مر غير مرة من الاختلاف ان ابا يوسف يعتبر ابدان الاحياء مع اعتبار عدد الجهات

في الفروع وعند محمد يقسم المال على اول بطن اختلف مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الاصول
كما هو الاصل عنده في الصنف الاول ثم ينتقل هذا الحكم الى جهة عمومة ابوي الميت وخؤولتهما ثم
الى اولادهم ثم ينتقل الى جهة ابوي ابويه ثم الى اولادهم كما ذكرنا في العصبات لان يورث ذوي
الارحام باعتبار معنى العصوبة فيعتبر بحقيقة العصوبة لما عرف الحكم في اعمام الميت اضيف ذلك
الحكم الى اعمام ابيه ثم الى اعمام جده فكذلك في معنى العصوبة ثم اعلم انه اذا لم يكن ذو فرض
ولا عصبة ولا ذو رحم فالمال لمولى الموالاة عندنا وقد مر اختلاف العلماء مع دلائله في باب الولاء
اما عصبة لا يرث شيا باجماع اهل العلم ثم للمقر له بالنسب على الغير بحيث لا يثبت نسبه من ذلك
الغير باقرار المقر وقد مات في اصراره على اقراره ثم للموصى له بجميع المال وقد مر في الوصايا
بيان الاختلاف وصحة هذه الوصية ثم لبيت المال ويوضع فيه المال بانه مال ضائع لا بطريق
الارث وان كان بطريق الارث ينبغي ان لا يوضع مال الذمي في بيت المال والله تعالى اعلم

فصل في المناسخة

وهي مفاعلة من النسخ وهو النقل والتحويل وسميت
مناسخة لان نصيب الميت الثاني ينتقل الى ورثته اذ الارض بموت الميت الثاني ينتقل من عدد الى عدد
ولو مات بعض الورثة قبل القسمة صحح المسألتين ثم انظر بين نصيب الميت الثاني وتصحيحه ثلاث احوال
فان استقام فيها وان وافق فاضرب وفق التصحيح في كل الاول والمبلغ مخرج المسألتين وان مات
ثالث او رابع فاجعل المبلغ مقام الاول والثالثة مقام الثانية في العمل وهلم جرا ثم اضف سهام
التصحيح الاول في الثاني او وفقه وسهام التصحيح الثاني في كل ما في يد الثاني او وفقه مثال
ذلك امراة وام واخت لام وعم مات العم عن ابن وبنت فالمسألة الاولى من اثني عشر والمسألة
الثانية من ثلاثة وسهام العم ثلاثة مستقيم على مسألته فقد صحت المسألتان من اثني عشر زوجة وثلاث
اخوات متفرقات وعم ماتت الاخت لابوين وخلفت هؤلاء فالمسألة الاولى من ثلاثة عشر للاخت
من الاب ... ستة تنقسم على تركتها فصحت المسألتان من ثلاثة عشر للاخت من الاب خمسة اسهم سهمان
... من الاولى وثلاثة من الثانية وللاخت من الام من الاول سهمان ومن الثانية سهم وللعم
سهمان من الثانية وللزوجة ثلاثة من الاولى زوج وثلاث اخوات متفرقات ماتت الاخت لابوين
عن زوج واخت لاب واخت لام المسألة الاولى من ثلاثة عشر والثانية عن سبعة سهام الميت
الثاني من التركة الاولى ستة لا تستقيم على مسألتها سبعة فلا موافقة فاضرب كل التصحيح الثاني في
الاول سبعة في ثلاثة عشر فالمبلغ احد وتسعون منها تصح المسألتان زوجة وثلاث اخوات متفرقات
وام واخ لام المسألة من سبعة عشر ثم ماتت الام عن اب وام وابن وابنتين فالمسألة من ستة
وسهامها من المسألة الاولى سهمان لا تستقيم مسألتها وبينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق مسألتها
وهو ثلاثة في كل المسألة الاولى فالمبلغ احد وخمسون منها تصح المسألتان وكل من له شيء في المسألة
الاولى يضرب في وفق المسألة الثانية وهو ثلاثة ومن له شيء المسألة الثانية في واحد فيكون
للمراة تسعة وللاخت من الابوين ثمانية عشر وللاخت من الاب ستة وللاخ من الام ستة وللاخت
من الام ست ايضا ولكل واحد من الابوين سهم وللابن سهمان ولكل بنت سهم ترك ابنين مات احدهما
عن بنت واخ ثم ماتت البنت عن زوج وبنت وعم هو ابن الميت الاول المسألة الاولى من اثنين وكذا
الثانية والثالثة من اربعة فاضرب الاربعة في الفريضتين الاوليين تبلغ ستة عشر منها تصح
المسائل للعم من المسألتين الاوليين ثلاثة اسهم سهمان من الاب وسهم من الاخ اضربها في اربعة تبلغ
اثني عشر وكان للبنت سهم من ابيها مضروب في اربعة يكن اربعة يستقيم على ورثتها للبنت

سهمان وللاخ سهم وللعم الباقي سهم فحصل للعم وهو ابن الميت الاول واخ الثاني ثلاثة عشر
من المسائل الثلاث من الاولى ثمانية ومن الثانية اربعة ومن الثالثة سهم رجل مات عن ابن
وبنتين ثم مات احد الابنين عن زوجة وبنت وعصبة المسألة الاولى من ستة والثانية من ثمانية
وسهامه من الاولى سهمان لا تستقيم على مسألته ولكن بينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو
اربعة في الفريضة الاولى وهي ستة تبلغ اربعة وعشرين منها تصح المسألتان كان للابن من الميت الاول
سهمان مضروب في اربعة يكن ثمانية فقد مات عن ثمانية للزوجة سهم مضروب في وفق فريضته
وهو سهم يكن لها وللبنت اربعة مضروبة في سهم هي لها وللعم ثلاثة مضروبة في سهم هي له
ولو مات الابنة عن ام وزوج وعصبة تصح من ستة وسهامها في المسألة الثانية اربعة وبينهما
موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضتها وهي ثلاثة في مبلغ الفريضتين الاولتين وهي اربعة وعشرون
يكن اثنين وسبعين منها تصح المسألة وهذه امثلة يستعين بها الفرضي على العمل ويستعين بها على امثالها
قال الصحايفي في فرائضه طول العلماء في المناسخة ويكفي ان يقسم تركة الميت السابق على ورثته
ويوجد نصيب الميت اللاحق ويقسم على ورثته فان لم يرث ورثة الميت السابق تم العمل وان ورث
بعض سهام من تركة النصيب يعلم نصيب كل واحد ثم انه قد يزيد نصيبه لمال اخر له او ينقص لدين
او وصية او تجهيزه فينبغي ان يزاد او ينقص ثم يقسم بين ورثته وحينئذ يحصل عليهم لانهم ما اعتبروا
في عملهم هذا وطريقها ان ياخذ نصيبه من السابق ان شيئا وحده او بعد الزيادة والنقصان ثم يقسم
على ورثته كالعمل لو مات بعد القسمة كما اذا ترك ابنين وبنتين ومات احد الابنين عن ابن وبنت
فياخذ نصيب هذا الميت من الميراث وهو الثلث ثم يضم او ينقص ان احتاج الى ذلك ثم يقسم الحاصل
بين ورثته للذكر مثل حظ الانثيين وعلى هذا الطريق ذكر المسائل قال شيخي العلامة رحمه الله
هذا ابتنا على عدم وقوفه على المراد فانه يوهم انما قالوه في المناسخة قسمة وليس كذلك بل هو بيان
ما يستحقه ورثة الاموات من تركة الميت الاول وتعيين نصيب كل واحد منهم شائعا في التركة لا
يتاتى الا بالطريق التي اختاروها فيؤدي الى التطويل في بعض الصور ضرورة فلا وجه للطعن
عليهم بذلك وما ذكر انه يزيد في نصيب السابق او ينقص وهم لان ما ذكروه ليس بقسمة تركة الميت
الثاني او الثالث لتعتبر الزيادة بمال اخر بل هو بيان ما انتقل من نصيب الميت الثاني الى ورثته من
تركة الميت الاول ولا تعلق لمال آخر به بوجه وكذا النقصان الذي ذكره غير معتبر لان نصيب
الميت الثاني انما ينتقل الى ورثته بعد الفراغ من تلك الحوائج والعذر انه قد انتقل فيما نحن فيه
واحتجنا الى بيان النصيب فلا وجه لاعتبار النقصان بالدين وغيره بعد محو الاشتغال فتبين بهذا
ان الاختلال ليس في عملهم بل الاختلال في طريقته التي اختارها لانه اعتبر المناسخة قسمة وليست
وليست بقسمة واعتبر الزيادة والنقصان في المناسخة من غير ان يكون للمناسخة تعلق بذلك الوجه

ذيل الكتاب

للخنثى المشكل اقل النصيبين لتيقنه وعليه الفتوى
واذا ظهر ذكوريته يسترد ما اخذوا من نصيبه ثم هو في احد الزوجين ليس بمشكل لان الباقي له
فرضا وردا ان كان انثى وتعصيبا ان كان ذكرا وكذا لو كان ولد الام لان ذكرهم واناثهم سوا وقد
مر بيان الخلاف في الخنثى المشكل **ثم الحمل** يرث باجماع الصحابة وله نصيب ان طلبوا القسمة
والا يوقف المال ولا يقسم بغير خلاف لاحد الا ما نقل عن داود انه قال يعطوا الورثة كل المال
ولا يوقف له نصيب والصحيح عن داود مثل قول الجماعة ولكن يدفع الى من لا ينقصه كل ما يصيبه
والى من ينقصه اقل ما يصيبه ولا يدفع شيء الى من يسقطه الحمل فاما من شاركه فاكثر اهل العلم

توقف للحمل شيء ويدفع الى شركائه الباقي وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور انه لا يدفع الى
شركائه شيء لان الحمل لا حد له ولا يعلم كم يترك وقد حكى الماوردي قال اخبرني رجل من اهل
اليمن جاء طالبا للعلم وهو ثقة ان المراة ولدت باليمن شيئا كالكرش فظن انه لا ولد فيه فالقي
على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس تحركت فاخذ وشق فخرج منه سبعة اولاد ذكورا وعاشوا جميعا
وكانوا خلقا سويا الا انه كان في اعضادهم قصر وحكى ان امراة ضرير بدمشق ولدت سبعة اولادا
ذكورا واناثا وحكى ان جارية كانت تلد ثلاثة في كل بطن قلنا هذا نادر لا يعول عليه فلا
يجوز منع الميراث لاجله واختلف القائلون بالوقف روى ابن مبارك عن ابي حنيفة انه يوقف نصيب
اربعة بنين او اربع بنات ايهما اكثر ويعطى الورثة اقل الانصباء وبه قال مالك والشافعي في رواية الربيع
عنه وشريك والنخعي للاحتياط قال شريك رايت بالكوفة لابي اسمعيل اربعة بنين من بطن واحد
وقال محمد يوقف نصيب ابنين او بنتين ايهما اكثر وبه قال الحسن بن زياد واحمد وابو يوسف في رواية
هشام عنه لان ولادة التوامين كثير معتاد وما زاد عليه نادر وروى الخصاف عن ابي يوسف يوقف
نصيب ابن واحد او ابنة واحدة ايهما اكثر وهو الاصح وعليه الفتوى لانه العام الغالب وما عداه
نادر لا يعارض الظاهر الغالب وبه قال الليث في رواية وعن محمد يوقف نصيب ثلاثة
او ثلاث ايهما اكثر وبه قال الليث في رواية ولكن هذه الرواية غير مذكورة في روايات شروح
[illegible] لان في عامة الروايات وفي فتاوى اهل سمرقند ان كانت ولادتها قريبة ينتظر لانه لو
[illegible] بعد الولادة فلا تفيد القسمة وقيل حد القرب ما دون الشهر وان كان بعيدا لا ينتظر
لان فيه اضرارا بباقي الورثة وفي الواقعات لا يعزل نصيب الحمل لانه لا يعرف انه ولد ام لا ثم
على قول ابي يوسف يؤخذ كفيل من الورثة لان القاضي يصون به قضاءه فينظر لمن هو عاجز عن
النظر لنفسه وهو الحمل كما في اذا ترك ابنا وخنثى فيجعل الخنثى انثى ويعطى الابن ثلثين ويؤخذ الكفيل
منه عند ابي يوسف ومحمد وقيل ههنا يحتاط في اخذ الكفيل عندهم جميعا ليسترد ذلك من
الابن [illegible] ثم الحمل ان كان للميت وجاءت بالولد لتمام اكثر مدة الحمل وقد بينا الخلاف في
اكثرها واقلها منها يرث ويورث عنه لان وجوده في البطن وقت الموت متيقن **فان قيل**
الوراثة خلافة ولا يتحقق الخلافة الا باعتبار صفة الحياة والنطفة في الرحم معدة للحياة في حكم
شخص حي ما لم تفسد فيعطى لها حكم الحياة ولهذا جازت الوصية له وبه فيجعل كالحي المنفصل اعتبارا
لماله كذا في شرح السرخسي وان كان الحمل من غير الميت كما اذا مات وامه حامل من غير ابيه وزوجها
حي فان جاءت بالولد لستة اشهر او اقل يرث لان الحمل يستند الى اقرب الاوقات وهو ستة اشهر
للتيقن بوجوده في النظر الا في موضع الضرورة وهو اثبات نسب الولد منه بعد ارتفاع النكاح بموته
فان العلوق هناك يستند الى ابعد الاوقات وهو سنتان وفي حال قيام النكاح لا ضرورة وهو ما
اذا كان الحمل من غيره لان نسب الولد ثابت من ذلك الغير فلا حاجة الى اثبات نسبه فاسندناه
الى اقرب الاوقات فاما بعد ارتفاع النكاح بموته فبنا حاجة الى اسناد العلوق الى ابعد الاوقات
لاثبات نسب الولد منه واذا اسندناه حكمنا بان الولد كان موجودا في البطن عند موته وورثه
فان جاءت به لاكثر من اقل المدة لا يرث لانا اسندنا العلوق الى اقرب الاوقات فاذا جاءت لاكثر منه
فقد وقع الشك في وجوده في البطن عند موته فلا يرث بالشك ثم اذا خرج حيا يرث ويعلم حياته بالا (ستهلال)
ولا خلاف فيه لاحد لما روى ابو داود عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا
استهل المولود صارخا ورث وورث واختلف العلماء فيما سوى الاستهلال فقال طائفة لا

لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ثم اختلفوا في الاستهلال فالمطلقا بعد الاستهلال ان يستهل
صارخا وبه قال ملك واحمد في رواية وسعيد بن المسيب وعطا والشعبي والنخعي والحسن
وابن سيرين وربيعة ويحيى وشريح وابو سلمة بن عبد الرحمن وابو عبيد واسحق لما ذكر ابن شريح
عنه صلى الله عليه وسلم انه قال في الصبي المنفوس اذا وقع صارخا واستهل ورث وتمت ديته
وان وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه الغرة ولان الاستهلال لا يكون الا من حي
والحركة قد تكون من غير حي فان اللحم يختلج اذا اخرج من مكان ضيق من غير حياة ولو كان فيه حياة لا نعلم
كونها مستقرة لاحتمال ان تكون كالمذبوح وهو في حكم الميت وعن احمد في رواية الاستهلال صياح
او بكا او عطاس او كل صوت يعلم منه حياة وفي قول الزهري والقاسم بن محمد لانه صوت علمت
به حياة فاشبه الصراخ وعن احمد كل حركة تدل على حياته استهلال كتنفسه بعد الخروج او
تحركت عضو منه كعينيه او شفتيه او يديه او رجليه وهو قولنا وقول الشافعي والثوري والاوزاعي
وداود ثم لو خرج بعضه حيا فاستهل ثم انفصل باقيه ميتا فعندنا لو خرج اكثره ثم مات ورث
لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اذا استهل المولود ورث يعني اذا خرج اكثره لان للاكثر حكم
الكل ولو خرج منكوسا اعتبر خروج سرته وقال الشافعي واحمد وملك ولو استهل بعد خروج
بعضه سواء كان اقل او اكثر ثم انفصل باقيه ميتا لا يرث للشك في حياته ولو خرج توامان فاستهل
احدهما ولم يعلم بعينه فان كانا ذكرين او انثيين او ذكرا وانثى فالفرضيون قالوا تحمل المسئلة على
الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا ولو سمع الاستهلال من احدهما ثم سمع
مرة اخرى ولم يدر هو من الاول او من الثاني فان علم المستهل الاول كان له وحرم للشك في الثاني
وان جهل عين الاول كان كما لو استهل احدهما لا بعينه ثم الاصل في تصحيح مسائل الحمل ان تصحح المسئلة
على تقدير ان الحمل ذكر وعلى تقدير انه انثى ثم تنظر بين المسئلتين فان توافقا فاضرب وفق احدهما
في جميع الاخر وان تباينا فاضرب كل واحد منهما في جميع الاخر فالمبلغ تصحيح المسئلة ثم اضرب
من كانت له في مسئلة ذكورية في مسئلة انوثية في المباينة او في وفقها في الموافقة ومن كان له شي
من مسئلة انوثية في مسئلة ذكوريا او وفقها كما في الخنثى ثم انظر الحاصلين من الضرب ايهما اقل
يعطى لذلك الوارث والحمل كما لو ترك بنتا وابوين وامراة فالمسئلة من اربعة وعشرين على ان
الحمل ذكر لان فيها ثمنا وسدسين وما بقي ومن سبعة وعشرين على تقدير انه انثى لان ثمنا وسدسين
وثلثين فتصير منبرية وتعول الى سبعة وعشرين وبينهما موافقة بالثلث فاضرب ثلث احدهما
في جميع الاخر صار مائتين وستة وعشرين فمنه تصح المسئلة على تقدير ذكوريته للمراة سبعة وعشرون
ولكل واحد من الابوين ستة وثلاثون لان سهام المراة من مسئلة الذكورة ثلاثة تضرب في وفق
مسئلة الانوثة وهي تسعة تبلغ سبعة وعشرين وسهام كل واحد من الابوين اربعة تضرب في
التسعة تبلغ ستة وثلاثين وعلى تقدير الانوثة للمراة اربعة وعشرون ولكل واحد من الابوين
اثنان وثلاثون لان سهام المراة من الانوثة ايضا ثلاثة تضرب في وفق مسئلة الذكورة وهي ثمانية
تبلغ اربعة وعشرين وسهام كل واحد من الابوين اربعة تضرب في الثمانية تبلغ اثنين وثلاثين فيعطى
للمراة اربعة وعشرون لانه اقل النصيبين ويوقف من نصيبها ثلاثة ومن نصيب كل واحد من الابوين
اربعة ويعطى للبنت ثلاثة عشر سهما لان الموقوف في حقها نصيب اربعة بنين عند ابي حنيفة واذا
كان البنون اربعة فنصيبها سهم واربعة اتساع سهم من اربعة وعشرين وهي مسئلة الذكورة لان
الباقي كان ثلاثة عشر يقسم على اربعة بنين وبنت اتساعا فيصح من القسمة سهم واربعة اتساع سهم

مضروب

مضروب في تسعة وهي وفق مسئلة الانوثة فصار ثلاثة عشر والباقي موقوف وهو مائة وخمسة
عشر لان الحمل لما جعل انثى في حق المراة والابوين فنصيبهن من المسئلة الانوثة ستة عشر يضرب
في وفق مسئلة الذكورة وهي ثمانية تبلغ مائة وثمانية وعشرين وقد اخذت البنت ثلاثة عشر
من هذه المائة والثمانية والعشرين فيكون الباقي مائة وخمسة عشر فان ولدت حيا واحدا او اكثر
فجميع الموقوف للبنات لانه ظهر ان الموقوف حقهن فتضم الثلاثة عشر التي اخذتها مع المائة
والخمسة عشر وتقسم المبلغ وهو مائة وثمانية وعشرون بينهن بالسوية وان ولدت ابنا واحدا
او اكثر يعطى للمراة والابوين ما كان موقوفا من نصيبهم للمراة الثلاثة التي وقعت من نصيبها
ولكل واحد من الابوين الاربعة التي وقعت من نصيبه لان الحمل جعل انثى في حقهم واعطوا اقل
النصيبين فاذا ظهر الحمل ذكرا علم ان حقهم اكثر النصيبين فيعطى ما كان موقوفا من نصيبه ليكمل
وما بقي يضم الى الثلاثة عشر التي اخذتها البنت ويقسم المبلغ وهو مائة وسبعة وعشرون للاولاد
يعني من البنت والبنين المولودين للذكر مثل حظ الانثيين لان الباقي من مسئلة الذكورة ثلاثة عشر
يضرب في وفق مسئلة الانوثة وهي تسعة تبلغ مائة وسبعة وعشرين فيقسم بينهم وان ولدت ميتا يعطى
للمراة والابوين ما كان موقوفا من نصيبهم وهو احد عشر ... الى تمام النصف خمسة وتسعون
لان حقها مائة وثمانية وقد كانت اخذت ثلاثة عشر فبقي من حقها خمسة وتسعون ليكمل حقها
والباقي للاب وهو تسعة لانه عصبة فان له مع البنت فرضا وتعصيبا وهذا اذا كان الورثة ممن
يتغير فرضه بالحمل ولو كان الوارث ممن ... مع الحمل واحدى الحالين لا يعطى للوارث منها شي
لان اصل استحقاقه مشكوك فيه والتوريث في موضع الشك لا يجوز كما لو ترك امراة حاملا
واخا او عما لا يعطى الاخ او العم شي لجواز ان يكون الحمل ابنا فيسقط به الاخ او العم ولو كان الوارث
ممن لا يتغير فرضه مع الحمل يعطى فرضه كما لو ترك امراة حاملا وجدة فللجدة السدس لان فرضها
لا يتغير بالحمل ولذا لو ترك امراة حاملا وابنا فانه يعطى للمراة الثمن لان فرضها لا يتغير به والله اعلم

فصل في الغرقى والحرقى والهدمى

اذا لم يعلم من مات اولا يجعل كانهم ماتوا معا ولا يرث بعضهم من بعض بل يرثهم الاحيا هو المختار وهو
قول ابي حنيفة رحمه الله اخرا وبه قال الشافعي وملك والاوزاعي وعمر بن عبد العزيز والزهري
والحسن البصري وراشد بن سعيد وحكيم بن عمير وروي ذلك عن ابي بكر الصديق وزيد بن ثابت وابن
عباس ومعاذ والحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف وعن عمر وابنه في رواية عنهما وقال ابو حنيفة رحمه
الله اولا واحمد يرث بعضهم من بعض وهو قول علي وعمر وابن مسعود وشريح وابرهيم والشعبي
وابن ابي ليلى مثاله غرق اخوان ولكل واحد منهما تسعون دينارا وخلف بنتا واما وعما فعند
عمر وعلي وابن مسعود يقسم التسعون للبنت النصف خمسة واربعون وللام السدس خمسة عشر
والباقي وهو ثلاثون للاخ ولا شي للعم ثم تقسم الثلاثون بين البنت والام والعم اسداسا كما عرف
وعند العامة تقسم تركة كل واحد على ورثته الاحيا البنت والام والعم على ستة ولا يرث احد
الاخوين من الاخر وجه قول عمر وعلي ان سبب الاستحقاق لكل منهم معلوم وهو حياته بعد موت
صاحبه وقد عرفنا حياته بيقين فيجب التمسك به وفي سبب عرفانه وهو موته قبل موته شك فلا
يثبت الحرمان بالشك ومتى حكمنا بميراث احدهما صاحبه فقد حكمنا بموته قبله للضرورة ولا ضرورة
فيما سوى ذلك فيتمسك بالاصل وهو اصل كبير ان اليقين لا يزول بالشك وجه قول العامة
ان سبب استحقاق كل واحد منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقينا والاستحقاق مبني على السبب

فما لم يتيقن بالسبب لا يثبت الاستحقاق لان في الفقد اصلا كبيرا ان الاستحقاق لا يثبت بالشك
هذا اذا لم يعلم موت احدهما اولا فان علم ولكن جهل عينه اعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك
فيه حتى يتبين او يصطلحوا كذا في شرح المجمع وذكر في ضوء السراج وجعل كانهما ماتا معا لتحقق
التعارض منهما ذكر محمد رحمه الله هذا الكتاب على هذا الاختلاف وحكم الاسير حكم سائر المسلمين
ما لم يفارق دينه ولا خلاف فيه لاحد الا ما روي عن المسيب والنخعي وقتادة انه لا يرث لانه عبد
والصحيح قول العامة لان الكفار لا يملكون احرارنا واذا لم يعلم ردته ولا حياته ولا مماته فحكمه
حكم المفقود لانه لا يوقف على اثره ولا يرث المفقود ولا يورث بل يوقف ماله حتى يثبت موته
اما بالبينة على من في يده المال او على قيم او يمضي عليه تسعون سنة من عمره في المختار وقد مر في
المفقود بيان الخلاف • ولو جاء ورثة الاسير بعدل واحد انه ارتد في دار الحرب لا تقبل لان
اسلامه كان معلوما وشهادة العدل على المسلم بالردة لا تقبل الا اذا شهد عدلان فيقضي القاضي
بالفرقة بينه وبين امراته ونقسم [illegible] بين ورثته لانه مات حكما عند القضا حتى اذا لم يقض القاضي
بردته لا يحكم بموته ولا [illegible] موت حكما بالقضا كذا في السير الكبير • ولو صالح بعض
الورثة عن حظه فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسم باقي التركة على سهام الباقين كزوج وام وعم
وصالح الزوج فللام سهم وللعم سهم وقام في فصل التخارج • ختم الكتاب بالصلح اذ الصلح خير
• والحمد لله تعالى والصلاة على نبيه محمد وآله اجمعين •

• تمّ كتاب معراج الدرايه • في شرح الهدايه • وكتب •
• برسم خزانة كتب مجلس • لنسبتها الى مولانا كبير •
• رئيس ما لجأت اليه الا • وحصلت منه بالفضل العميم •
• في سابع عشرين محرم الحرام سنة ثمان واربعين وتسعمائه •

٥٥٩ ورقه